Die Hypothek an einem im Miteigentum nach Bruchteilen stehenden Grundstück

---

Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

bei der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät

der Schlesischen Friedrich-Wilhelms-Universität zu BRESLAU

Von

Hans Gruenbaum

Referendar aus Berlin

Emil Ebering, Berlin NW 7, Mittelstr. 29

1926

Gedruckt mit Genehmigung

der

rechts- u. staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Breslau

Berichterstatter: Prof. Dr. Bruck

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Inhaltsverzeichnis

	Seite
I Die bisherigen Arbeiten über das Thema, insbesondere die von Levy	5
II. Lösungsversuch dieser Arbeit	18
III. Die Sache selbst als Gegenstand der dinglichen Rechte	
1. beim Eigentum	22
2. beim Miteigentum	28
IV. Der Gegenstand des Anteilsrechtes des Miteigentümers nach der Theorie von Schultz und nach der Sachteilungstheorie	36
V. Kritik der einzelnen Miteigentumstheorien und Beweis für die Richtigkeit der Sachteilungstheorie.	
1. Die Gesamthandstheorie von Saenger	45
2. Die Ungeteiltheitstheorien	50
3. Die ältere und die neuere Rechtsteilungstheorie, insbesondere die v. Tuhr und Kattausch	51
4. Die Theorie von Engländer	63
5. Die Sachteilungstheorie	68
VI. Folgen der Sachteilungstheorie	73
VII. Die Totalhypothek als Gesamthypothek	80

I. Die bisherigen Arbeiten über das Thema.

Die Frage, ob auf die Hypothek an einem im Miteigentum stehenden Grundstück die Regeln der Gesamthypothek zur Anwendung kommen, ist für das BGB. zum erstenmal von Eccius erörtert worden.[1] Gelegentlich von Besprechungen der Kommentare von Jaeckel und Reinhard zum Zwangsversteigerungsgesetz in Gruch. 44 S. 527, 45 S. 463 und 46 S. 448 verhielt er sich zum Standpunkt der herrschenden Lehre, die die Regeln der Gesamthypothek anwenden will, ablehnend und forderte eine eingehende Behandlung der Frage. Er selbst gab in Gruch. 44, 527 zwei Beispiele, um die Gegensätzlichkeit der verschiedenen Meinungen zu beleuchten.

Das erste Beispiel lautet folgendermaßen: Ein Ehepaar hat ein Grundstück im Miteigentum nach Bruchteilen. Auf der dem Manne gehörigen Hälfte lastet eine Hypothek. Nach dem Tode des Ehepaares erben die drei Kinder zu je ein Drittel. Nach Ansicht von Eccius haftet nunmehr von jedem Drittel eines Miteigentümers am Hause je die Hälfte; der Hypothekengläubiger kann nur durch Klage gegen die drei Kinder als Miteigentümer Befriedigung erlangen. Nach der herrschenden Lehre dagegen kann der Gläubiger auch aus der Hälfte des Drittels eines der Miteigentümer wegen der ganzen Forderung Befriedigung suchen.

Als zweites Beispiel führt Eccius das folgende an: Auf einem Anteil eines Miteigentümers lastet eine Hypothek. In den Anteil wird von dem Hypothekengläubiger die Zwangsvollstreckung eingeleitet. Darauf will ein älterer Hypothekengläubiger, dem das ganze Grundstück haftet, die Zwangsvollstreckung in das ganze Grundstück betreiben. Nach der herrschenden Lehre geht das nicht an. Der Hypothekengläubiger des ganzen Grundstücks

1. Ueber die Frage im preußischen Recht s. Foerster-Eccius, Bd. II § 194 Anm. 66; Krech-Fischer, Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen, 3. Aufl. § 1 Anm. 4 b und §§ 53—56 Anm. 5 a. E.

muß dem Zwangsverfahren in den Anteil beitreten und Zwangsvollstreckung in den andern Anteil beantragen.

Später kam Eccius noch einmal in Gruch. 46 S. 728 auf das Problem zurück. Er skizzierte den Standpunkt und die Rechtsfolgen der herrschenden Lehre und nahm dazu kritisch Stellung. Die Formulierung der herrschenden Lehre gibt im ganzen ein zutreffendes Bild.[2]

Seit Eccius hat das Problem erst wieder durch Stillschweig in J. W. 1914 eine eingehende Behandlung erfahren. Der Titel seines Aufsatzes lautet: „Ist die Hypothek, die auf einem im Miteigentum nach Bruchteilen stehenden Grundstück lastet, eine Gesamthypothek?“

Stillschweig geht davon aus, daß nach BGB. der Anteil einem Grundstück gleichzustellen sei, folglich die ideelle Grundstücksmehrheit nicht anders als die reale behandelt werden könne. Der Entstehung einer Gesamthypothek an den Anteilen läge daher nichts im Wege. Durch das BGB. werde auch die Art der Entstehung nicht festgelegt. Es sei daher gleichgültig, ob die Gesamthypothek regelmäßig als solche bestellt werde, oder ob die Absicht, die Hypothek als Gesamthypothek zu gestalten, bei den Begründern der Hypothek fehle. In den folgenden Fällen seien daher die Regeln der Gesamthypothek anzuwenden:

1. wenn ein bisher im Alleineigentum stehendes, mit einer Hypothek belastetes Grundstück in die Hand von Miteigentümern kommt,

2. wenn die Miteigentümer eines Grundstückes dasselbe mit einer Hypothek belasten.

Die an die Spitze gestellte Frage ist damit schon beantwortet, doch untersucht Stillschweig noch im einzelnen die Anwendbarkeit der Regeln der Gesamthypothek, denn „es wäre denkbar, daß der Gesetzgeber seine Bestimmungen nur auf den ihm vorschwebenden Fall der realen Grundstücksmehrheit zugeschnitten hat, und daß sie auf den Fall der ideellen Mehrheit nicht passen.“ Die Untersuchung darüber bestätigt die Richtigkeit und Durchführbarkeit des schon vorher ausgesprochenen Prinzips, nämlich der restlosen Anwendbarkeit der gesetzlichen Vorschriften über die Gesamthypothek. —

Wenn der Aufsatz auch ein wertvoller Beitrag zu der Frage

2. Vgl. aber zu Nr. 4. Wolff § 148 Anm. 1 a. E. Im Sinne der herrschenden Lehre liegt auch nicht die Annahme, daß durch die Hypothek des § 1114 nicht die Sache als solche, sondern das Anteilsrecht belastet werde.

des Themas ist, so bringt er doch nur den Beweis dafür, daß die Regeln der Gesamthypothek bei der Belastung der Anteile Anwendung finden kön nen; daß sie immer angewandt werden müssen, wird nicht genügend bewiesen. Denn unbeantwortet ist die Frage geblieben, ob in den beiden von ihm hervorgehobenen Fällen die Anteile als solche belastet sind, oder ob nicht vielmehr nur das Grundstück als Ganzes von der Hypothek ergriffen wird, weil die einzelnen Anteile gar nicht im Haftungsgegenstand der Hypothek liegen. Erst dann, wenn die Belastung der Anteile als solcher bewiesen ist, kann der weitere Beweis dafür geführt werden, daß die Vorschriften über die Gesamthypothek Platz greifen. Aber gerade dieser erste und wichtigste Beweis fehlt bei Stillschweig.

Nicht zu Unrecht wirft daher Levy (in Gruch. Bd. 59) seinem Vorgänger bei der Behandlung des Problems eine petitio principii vor. Levy selbst kommt, gestützt auf die Ausführungen von Eccius, zu völlig anderen Ergebnissen. Der Gedankengang der ausführlichen Arbeit soll hier wiedergegeben und erörtert werden.

Vor der eigentlichen Untersuchung stellt Levy klar, daß es nur gelte, die dingliche Rechtslage zu betrachten, unabhängig von den schuldrechtlichen Beziehungen der Miteigentümer untereinander. Auch treffe der reine hypothekenrechtliche Anspruch den Eigentümer nicht als persönlichen Schuldner mit beschränkter Haftung; der Vollstreckungstitel sei nur Ausspruch des Duldungszwanges, nicht einer Leistngspflicht.[3] So ergibt sich aus der Beiseitelassung der schuldrechtlichen Verhältnisse und aus der Ablehnung der Theorie der Realobligation, daß die Miteigentümer nicht etwa als Gesamtschuldner erscheinen oder solchen gleich zu behandeln sind.

Im Hauptteil hält Levy auseinander, ob das Miteigentum vor oder nach der hypothekarischen Belastung entstanden ist. Er untersucht zunächst den Fall der nachträglichen Entstehung von Bruchteilsmiteigentum und stellt die „grundlegende Frage", ob die Grundstückshypothek von Haus aus auch einen infolge der späteren Bildung von Miteigentum entstandenen Miteigentumsanteil belaste. Er kommt zur Verneinung dieser Frage, indem er die Hypothek am Anteil in Gegensatz stellt zu der Hypothek am Grundstück.

3. Literatur zu der hier nicht näher zu erörternden Theorie der Realobligation bei Wolff § 131, II.

Bezüglich der Grundstückshypothek führt er aus:

„Nicht das Eigentum als solches, sondern das reale Grundstück ist mit der Hypothek belastet". Denn „aus dem Wesen des Eigentums folgt begriffsnotwendig Unbelastbarkeit des Eigentums als solchen. Es duldet Qualifizierung wie Gesamt-, Bruchteils-, fideikommissarisch gebundenes Eigentum. Begrenzte dingliche Rechte aber sind nur an den Sachen selbst denkbar ...." (S. 93/94). Zur Unterstützung wird noch angeführt, daß es beschränkte Sachenrechte auch an eigentümerlosen Sachen gäbe, wie im Falle des § 928.

Dagegen soll eine Belastung des Rechtes des Miteigentümers möglich sein. Das Miteigentum sei grundsätzlich ein Fall der Gemeinschaft nach Bruchteilen. „Danach besteht ein Eigentum am Grundstück. Dieses eine Recht steht jedem einzelnen Miteigentümer zu seinem Bruchteil, zu seinem Anteil zu .... Es bezieht sich auf das ganze reale ungeteilte Grundstück; denn nur das Recht ist geteilt.... Dieses geteilte Rechte besteht aber auch nicht am Bruchteil des Grundstücks: denn das wäre nur als Volleigentum denkbar; auch der Bruchteil des Grundstücks bezieht sich auf das reale Grundstück; das widerspräche sich". (S. 95 γ).

Eine weitere Erklärung folgt:

„Der ideelle Bruchteil einer Sache ist an sich etwas Undenkbares, wenn er nicht zu einem Rechte, insbesondere zum Eigentum in Beziehung gebracht wird". Beweis aus § 1114: „Er (der Bruchteil) findet seine Auslösung und seinen Bestand im Anteile des Miteigentümers an dem einen Eigentumsrecht — gemäß § 1114 „besteht" der Bruchteil des Grundstücks „im Anteile" eines Miteigentümers....."

Die zitierten Sätze bilden das Kernstück eines Beweises für die Geteiltheit des Rechtes und die Ungeteiltheit des Grundstückes bei bestehendem Miteigentum. Im Grunde genommen stützt sich der Beweis allein auf den Wortlaut des § 1114. Abgesehen von den Bedenken, auf den Wortlaut einer einzigen Vorschrift eine theoretische Anschauung zu gründen,[4]

4. Mit Recht weist z. B. Doßmann (S. 34) darauf hin, daß man aus dem im § 984 vom Gesetz gebrauchten Ausdruck „Hälften des Eigentums" kein Argument für die Ansicht einer Teilbarkeit des Eigentumsrechtes entnehmen darf. Das BGB. habe hier keine feste Terminologie, sondern bediene sich der Sprache des gewöhnlichen Lebens, in der z. B. die Ausdrücke „mir gehört das Haus halb (zur Hälfte)" und „mir gehört das halbe Haus" als vollständig gleichbedeutend behandelt werden.

noch dazu, wo die Ausdrucksweise des § 1114 verfehlt ist,[5] kann man aus § 1114 mit besserem Recht genau das Gegenteil entnehmen, nämlich daß der Grundstücksbruchteil als solcher, nicht das Anteilsrecht belastet werde.[6]

Indessen gilt für Levy die Belastung des Anteilsrechtes als bewiesen. „Notwendig folgt: Kann der „Bruchteil eines Grundstücks" als solcher nicht belastet werden, sondern nur der Anteil eines Miteigentümers, so sind die Belastungen des „Bruchteils des Grundstücks" in Wahrheit Rechte am Anteilsrechte des Anteilseigners." (S. 96.)[7]

Tatsächlich liegt hier eine wichtige Fehlerquelle. Es ist durchaus falsch, einen solchen Gegensatz zu konstruieren, daß bei der gewöhnlichen Grundstückshypothek das reale Grundstück, bei der Hypothek nach § 1114 aber nicht das Grundstück bezw. der „Bruchteil des Grundstücks", sondern das Miteigentum belastet sei. Indessen müßte die Aufstellung dieses Gegensatzes für Levy schon die Lösung der grundlegenden Frage enthalten, wie leicht zu entwickeln ist: Da die Grundstückshypothek nur das reale Grundstück belastet und dieses in seinem Bestande unberührt bleibt, ist eine Veränderung in den Eigentumsverhältnissen an dem Grundstück für die Hypothek belanglos; mag das Grundstück einem allein oder mehreren gehören, so ist es doch immer selbst belastet, nie das Eigentum bezw. die Miteigentumsrechte — denn die Hypothek kann nicht von einer Sache auf ein Recht überspringen, ohne daß dies gesetzlich angeordnet wäre.

Diese einfache Lösung ist jedoch bei Levy nicht zu finden, er verbindet vielmehr mit seinem ersten Beweise in unklarer Weise einen zweiten,[8] der im wesentlichen auf die Entscheidung in RG.

---

5. s. Endemann § 70 Anm. 5; s. auch Weber S. 19 Anm. 2.

6. Auf den Wortlaut stützt diese Anschauung in der Tat Kipp bei Windscheid, § 142.

7. In Anm. 10 wird hinzugefügt: „Das wird allgemein nicht hervorgehoben, anscheinend von den meisten nicht erkannt. So z. B. von Joerges S. 47 ff." . . . Aber Joergers, der auch die „Bruchteile" nicht für Teile der Sache, sondern für Teile des Eigentumsrechtes hält, macht nur eine von seinem Standpunkt aus folgerichtige Bemerkung, wenn er auf S. 48 Anm. 4 sagt: „Die Zulassung dieser selbständigen Belastung der Quote ist schon vom logischen Standpunkt aus recht bedenklich. Denn Objekt der Hypothek ist nicht das Eigentumsrecht, sondern die Sache: Die Hypothek erhält sich auch bei Herrenlosigkeit der Sache. An der Sache bestehen aber keine belastbaren Quoten."

8. angefügt durch die Worte: „Dazu ein zweites . . ." (S. 96).

20 vom Jahre 1888 (für preußisches Recht) zurückgeht. Der Gedankengang dort ist etwa folgender:

Lastet die Hypothek auf dem Grundstück, bevor eine Ausscheidung von realen Teilen erfolgt ist, so hat der Gläubiger nicht die Befugnis, in einen beliebigen (realen) Teil des Grundstücks zu vollstrecken. Eine Gesamthypothek entsteht aber sofort mit der Abtrennung realer Teile, die dadurch selbständige Grundstücke geworden sind. Dasselbe wie für reale Teile muß nun auch gelten, wenn sich ideelle Teile bilden; denn bei Teilung des Eigentumsrechtes (!) sind die entstehenden Miteigentumsrechte nicht ein aliud, sondern ein minus gegenüber dem Eigentum, da das Miteigentum den Charakter des Volleigentums hat.[9]

In dieser Entscheidung hat man zunächst reale und ideelle Teile des Grundstücks parallel gestellt, als ob der ideelle Teil genau so wie der abgetrennte reale Teil ein Teil des Grundstückes selbst wäre; hat dann aber den ideellen Teil mit dem Anteilsrecht identifiziert und dessen Verhältnis zum ganzen Eigentum untersucht. Diese Untersuchung hat aber nur dann einen Sinn, wenn das RG. annimmt, daß nicht das Grundstück als solches, sondern das Eigentum am Grundstück mit der Hypothek belastet ist; sonst wäre es unerklärlich, wie bei nachträglicher Entstehung von Miteigentum aus der Belastung einer Sache (des Grundstückes) die Belastung eines Rechtes (des Miteigentums) entstehen könnte. Nur wenn man das Eigentum als belastet ansieht, hat es einen Zweck, zwischen den ideellen und realen Teilen den Vergleich zu ziehen: Wie das Grundstück in reale Teile zerfällt, d. h. das Eigentum in die neu entstandenen Eigentumsrechte an den abgetrennten realen Teilen, so zerfällt auch bei Entstehung von Miteigentum das Eigentum in die wesensgleichen Miteigentumsrechte. An die Stelle einer Hypothek am Eigentum muß also — analog der Rechtsgestaltung bei Bildung selbständiger realer Teile — eine Gesamthypothek an den Miteigentumsrechten treten.[10]

---

9. Auf die Entscheidung in RG. 20 beruft sich das RG. in Gruch. 55 S. 670 (1911) nur nebenbei; daselbst auch Verweisung auf die Motive zu § 4 des I. Entwurfes zum Z.V.G.

10. Unklar ist die Analogie bei Weber, S. 38/39. Gegenstand des Miteigentumsrechtes ist nach seinen Ausführungen (S. 19, unten) nicht ein Bruchteil der Sache, sondern die ganze Sache; Gegenstand der Hypothek die Sache, nicht das Eigentumsrecht (S. 39 Anm. 1). Der Gegenstand der

Auch Levy untersucht das Verhältnis des Rechtes des Miteigentümers zum Eigentum; jedoch erscheint ihm das Anteilsrecht gegenüber dem Eigentum nicht als ein bloßes Minus, sondern als ein aliud, das seinem Inhalt nach noch besonders qualifiziert ist. Vor allem führt er an, daß mit der Gemeinschaft, in der die Eigentümer stehen, „Rechte und Pflichten in diesem Innenverhältnis entstehen, die völlig außerhalb des eigentlichen Anteils am geteilten Eigentumsrechte liegen und sich aus dem Inhalt des Eigentums nicht ergeben". Der Vergleich, den das RG. zwischen den realen und den ideellen Teilen zieht, kommt deshalb für Levy nicht in Betracht; ein Grund für die analoge Anwendung der Regeln der Gesamthypothek ist nicht vorhanden, denn die Anteile liegen gar nicht im Haftungsgegenstand der Grundstückshypothek; diese kann daher nicht ohne zwingende Regel auf die vom Eigentum wesensverschiedenen Miteigentumsrechte überspringen.

Dieser zweite Beweis für die Lösung der grundlegenden Frage käme demnach auf dasselbe Ergebnis wie der erste Beweis hinaus. Indessen kann dieser zweite Beweis mit dem ersten in keine rechte Verbindung gebracht werden. Vom Standpunkt Levys aus ist es überflüssig und sogar inkonsequent gewesen, überhaupt auf die qualitative Verschiedenheit von Eigentum und Anteilsrecht einzugehen; denn sein erster Beweis hätte, wie oben angedeutet, zu Ende geführt werden müssen, während der zweite Beweis gerade zur Voraussetzung hat, daß nicht das Grundstück, sondern das Eigentum als belastet angesehen wird, eine Voraussetzung, die der Grundanschauung Levys genau entgegengesetzt ist. Es ist deshalb verfehlt, beide Beweise zu addieren und den Schluß zu ziehen, daß „in doppelter Beziehung der Anteil als solcher für Belastungen des einheitlichen realen Grundstücks nicht das minus, sondern ein aliud ist". (S. 97).

Hypothek nach § 1114 muß danach das reale Grundstück sein, nicht das Anteilsrecht. Das reale Grundstück wird aber nach Webers Ansicht durch das entstehende Miteigentum nicht geteilt; wo ist also die Möglichkeit einer Analogie gegeben? In dem Satze, daß „gerade im Recht der Gläubiger kraft seiner Hypothek den Eigentümer beschränkt, nicht hinsichtlich der Substanz", kann eine genügende Begründung der Analogie nicht gefunden werden. Weber fügt hinzu: „Ebenso ist anzunehmen, daß der Gesetzgeber . . . den allgemeinen Rechtssatz hat aufstellen wollen, daß bei bestehendem Pfandrecht an einer Sache . . . jeder Teil derselben auch für die ganze Schuld haftet." Das ist wohl anzunehmen — aber Weber hat nicht bewiesen, daß das Grundstück als einheitlicher Haftungsgegenstand durch das Miteigentum überhaupt in einzelne Teile zerlegt wird, die als Haftungsgegenstände anstelle des Grundstücks in Betracht kämen. —

Kretzschmar, der den Ausführungen Levys in einer Besprechung seiner Arbeit (in J. W. 1915 S. 771) im allgemeinen zustimmt, begeht nicht den Fehler, die beiden Beweise zu verbinden, sondern betont ausdrücklich, daß nicht das Grundstück als solches, sondern das Eigentum belastet sei. Er legt umso größeren Wert auf den zweiten Beweis von Levy, in dem die Wesensverschiedenheit von Eigentum und Anteilsrecht auseinandergesetzt wird.[11/12]

Außer den beiden angegebenen Beweisen steht Levy ein weiterer Beweis zur Entscheidung der „grundlegenden Frage" nicht zur Verfügung. Als negative Forderung wird unter δ (S. 97) angeführt: „Das Wesen des minus ist es, daß seine Ausschaltung den früheren Bestand des Ganzen, im Verhältnis zu der das Ganze belastenden Hypothek also den Hypothekenhaftungsgegenstand mindert .... Besteht die Hypothek am einheitlichen realen Grundstück, so läßt die Ausscheidung eines „ideellen Bruchteils des Grundstücks" oder Eigentumsanteils den bisherigen Haftungsgegenstand unverändert."

Vom Standpunkte Levys aus sind die zitierten Sätze als Folgerung nicht falsch, doch bilden sie keinen selbständigen Beweis dafür, daß „im Verhältnis zur Hypothek am einheitlichen realen Grundstück der belastbare ideelle „Bruchteil des Grundstücks" das minus nicht sein kann"; denn die Sätze stehen und fallen mit dem ersten Beweise, in dem die Belastung des Grundstücks und die Belastung des Anteilrechtes scharf gegenübergestellt werden. — —

Der bisher besprochene erste Teil des Aufsatzes kann als Grundlage des Ganzen gelten, die folgenden Teile bedürfen keiner ausführlichen Besprechung.

Im ersten Teil ist der Fall nachträglicher Entstehung von Miteigentum an dem bereits hypothekarisch belasteten Grundstück behandelt; im zweiten Teil wird die Frage gestellt, wie es im Falle ursprünglichen Bestehens von Miteigentum steht, d. h. was für eine Hypothek die Miteigentümer selbst bestellen können. Nach Levy gibt es drei mögliche Fälle. Erstens

---

11. J. W. 1915, S. 773. Die Ansicht von der Wesensverschiedenheit des Miteigentums vom Eigentum entnimmt Kretzschmar dem Buche von Engländer, vgl. seinen Aufsatz im Sächs. Arch. S. 391 unten.

12. So folgerichtig auch Saenger S. 126; vgl. auch S. 75.

können die Miteigentümer zusammen als „der Eigentümer“ das reale Grundstück belasten; nicht die Anteile, sondern das Grundstück bildet den Haftungsgegenstand. Der Fall ist genau so zu behandeln wie der im ersten Teil erörterte. — Zweitens können die Miteigentümer über ihre Anteile (alle oder mehrere) derart verfügen, daß nur die Anteile belastet werden; hier kommen die Regeln der Gesamthypothek zur Anwendung. — Schließlich ist es drittens auch möglich, sowohl das reale Grundstück als auch die Gesamtheit der Anteile zu belasten. —

Im Verlaufe dieser Arbeit wird sich nur der zweite Fall als möglich herausstellen. Für diese Art der Belastung der Anteile hat Stillschweig (S. 7) die schon früher eingeführte Bezeichnung „Totalhypothek“ gewählt. Levy versteht dagegen unter einer Totalhypothek den eben genannten dritten Fall und führt für den zweiten Fall die Bezeichnung „Anteilsgesamthypothek“ ein (S. 101); doch braucht man ihm darin nicht zu folgen, weil der dritte Fall in Wirklichkeit nicht vorkommen kann, der Name „Totalhypothek“ aber vor dem unbekannten Namen „Anteilsgesamthypothek“ den Vorzug verdient.

Für die (hier so genannte) Totalhypothek führt Levy im dritten Teil seiner Arbeit mit Recht aus, daß die Regeln der Gesamthypothek Anwendung finden müssen. Denn für die Bruchteilshypothek folgt aus § 1114 die Anwendbarkeit sämtlicher Vorschriften der gewöhnlichen Grundstückshypothek. Zwar wird in § 1132 unter einer Gesamthypothek die Hypothek „an mehreren Grundstücken“ verstanden, doch ergibt sich aus § 1114 die völlige Gleichstellung des Anteils mit dem Grundstück für sämtliche Fälle hypothekarischer Belastung, also auch für § 1132. Eine analoge Anwendung der Regeln über die Gesamthypothek erscheint daher überflüssig und falsch; die Totalhypothek ist eine Gesamthypothek. Wenn der Name „Gesamthypothek“ vom Gesetz nur für den Fall verwendet wird, daß für eine Forderung reale Grundstücke belastet sind, die nicht Teile einer größeren Einheit sind, wie die Grundstücksbruchteile nur (wenn auch selbständige) Teile einer realen Grundstückseinheit, und wenn aus diesem Grunde der besondere Name der Totalhypothek für die auf allen oder mehreren Anteilen lastende Hypothek eingeführt wird, so darf man sich dadurch nicht verleiten lassen, die Regeln der Gesamthypothek nur analog anzuwenden. Man könnte dann zu leicht in Gefahr kommen, nur die eine oder an-

dere Regel über die Gesamthypothek entsprechend anzuwenden, während sämtliche Regeln angewendet werden müssen.[13]

Die Verschiedenartigkeit der von Levy gebildeten drei Fälle soll noch durch ein Beispiel erläutert werden: Wie kann sich der Gläubiger aus den verschiedenen Hypotheken befriedigen?

Besteht die Hypothek nur am realen Grundstück, ohne die einzelnen Bruchteile zu belasten, so kann der Gläubiger sich nur aus dem Grundstück, nicht aus einem der Anteile teilweise oder völlig befriedigen. Hieran ändert nichts der Hinweis auf § 864, 2 ZPO. Dieser Paragraph ist nur eine prozessuale Vorschrift, im Anschluß an den § 1114 BGB. entstanden. § 864, 2 gibt die Möglichkeit, in einen Grundstücksbruchteil zu vollstrecken, der im Anteil eines Miteigentümers steht; aber er setzt doch einen vollstreckbaren Titel voraus, und der ist nur zu erlangen, wenn der Grundstücksbruchteil (bezw. der Anteil) als solcher belastet ist.[14] Die rein materielle Frage, ob der Bruchteil ein selbständiger Haftungsgegenstand ist, hat Levy für die gewöhnliche Grundstückshypothek verneint. Die Regeln der Gesamthypothek können auch nicht analog auf die Hypothek am realen Grundstück zur Anwendung kommen, denn „es fehlt grundsätzlich jeder Vergleichspunkt".[15]

Im Gegensatz zur Grundstückshypothek kann bei der durch die Miteigentümer bestellten Hypothek an den Grundstücksbruchteilen der Gläubiger sich wegen der ganzen Forderung (oder wegen eines Teiles derselben) nach seiner Wahl aus einem, mehreren oder allen Anteilen befriedigen, wie die Vorschriften der Gesamthypothek ergeben. Nicht anders liegt es bei der Hypothek, die sowohl das Grundstück als auch die einzelnen Anteile belastet, nur daß bei ihr auch in das reale Grundstück als Ganzes vollstreckt werden kann.

Das Ergebnis der drei ersten Teile des Aufsatzes von Levy kann in kurzer Weise zusammengefaßt werden: Bestand eine Hypothek am realen Grundstück, das später in die Hände mehrerer gekommen ist, so kann der Gläubiger den einzelnen Anteil eines Miteigentümers nicht angreifen; weder um sich aus dem

---

13. So zutreffend auch A. Meyer S. 285 ff. — Die Nicht-Anwendung wird nur ganz vereinzelt noch vertreten, s. Levy S. 310 Anm. 13.

14. Levy S. 104; siehe auch Saenger, S. 127 und Hirschfeld S. 118 Anm. 64.

15. Levy S. 105. Gegen die entsprechende Anwendung siehe auch oben S. 11 und R.G.R.K. § 1132, 4.

Anteil wegen der ganzen Forderung noch wegen eines Teiles derselben zu befriedigen. Dagegen bieten sich verschiedene Möglichkeiten, wenn die Miteigentümer selbst eine Hypothek bestellen, je nachdem, ob sie die Hypothek am Grundstück oder an den einzelnen Anteilen (bezw. sowohl am Grundstück als auch an den einzelnen Anteilen) begründen: Bei der Grundstückshypothek ist der einzelne Anteil nicht angreifbar; bei der Hypothek an den einzelnen Anteilen (bezw. an den Anteilen und am realen Grundstück) findet die Befriedigung nach Wahl des Gläubigers aus mehreren oder allen Anteilen statt (bezw. aus dem Grundstück selbst). —

Unter allen Ausführungen Levys dürfte am meisten die grundlegende Trennung und Gegenüberstellung des realen Grundstücks und der Anteilsrechte aufgefallen sein. Es muß nun Bedenken erregen, daß Levy in den folgenden Teilen sich bemüht, die vorher scharf betonte Gegensätzlichkeit nach Möglichkeit auszugleichen.

Im vierten Teil stellt er die Frage, ob eine gesonderte Belastung einerseits der Miteigentumsanteile als solcher und andrerseits des realen Grundstückes unbeschränkt zulässig ist. Nach seiner Grundanschauung müßten die Miteigentümer, wenn sie ihre Anteilsrechte belastet haben, auch noch das reale Grundstück unbegrenzt belasten können; etwa wie Miteigentümer, denen ein Grundstück zur gesamten Hand gehört, trotz Pfändung[16] ihrer Anteile nicht gehindert sind, das reale Grundstück hypothekarisch zu belasten. Denn das reale Grundstück und das Anteilsrecht des Miteigentümers nach Bruchteilen sind für Belastungen nach Levy zwei völlig von einander verschiedene Haftungsgegenstände; sie sind also prinzipiell ebenso voneinander zu trennen wie das Grundstück von einem gesamthänderischen Anteil, der, genau genommen, nicht wie ein Sachenrecht am Grundstück selbst besteht, sondern die Beteiligung an der Gesamtherrschaft über das Vermögen darstellt, mag dieses Vermögen sich auch nur aus dem einen Grundstück zusammensetzen.

Levy sucht, wie leicht erklärlich, der unbequemen Folgerung auszuweichen: „.... die belasteten Miteigentumsanteile und mit

16. Nur Pfändung eines Anteils am ehelichen Gesamtgut ist ausgeschlossen § 860 ZPO. Für die Gemeinschaft der Miterben s. § 2033; über Pfändung und Verpfändung eines Gesellschaftsanteiles s. § 859 ZPO. und Enneccerus § 399 II, 3 Anm. 12.

ihnen die unbelasteten treten aus dem Bereiche des realen Grund- Grundstücks und bleiben vor ihm, indem sie es für Grundstücksbelastungen verdecken, solange auch nur eine einzige Anteilsbelastung noch als solche besteht. Deshalb .... ist das reale Grundstück selbst einer hypothekarischen Belastung fürder entzogen....." (S. 313). Die wirtschaftliche und rechtspolitische Begründung dafür kann hier nicht interessieren; denn das Resultat mag sehr erwünscht sein, aber es fragt sich doch an dieser Stelle nur, wie es sich in die Konstruktion von Levy einfügen läßt. Eine richtige („rein theoretische") Begründung fehlt aber. Man kann diesen Mangel auch nicht durch die „Begründung" von der rechtsgrundsätzlichen Seite ersetzt finden. Es wird den Miteigentümern dort (S. 314) nur ein Wahlrecht (als Gestaltungsrecht!) zugesprochen, entweder das Grundstück oder die Anteilsrechte zu belasten. Diese Behauptung wird darauf gestützt, daß die das Grundstück und die Anteilsrechte belastenden Rechte doch nur ein gemeinsames reales Substrat haben. Das besagt aber nichts; denn beispielsweise haben eine am Grundstück bestehende Hypothek und ein an dieser Hypothek bestelltes Pfandrecht beide in genau demselben Sinne das Grundstück als gemeinsames reales Substrat,[17] ohne daß die Bestellung des Pfandrechtes an der Hypothek eine weitere Belastung des realen Grundstückes als solchen hindert.

Im unmittelbaren Zusammenhang mit dem Vorigen steht zur weiteren Begründung der Satz: „Der Anteil im Miteigentum am Grundstück baut sich seiner inneren Gestaltung nach auf dem realen Grundstück in dessen jeweiliger Belastung auf; wird diese gesteigert, so bleibt zwar rechtlich der Anteil stets Anteil, aber sein Wertinhalt verringert sich entsprechend." Genau dasselbe kann man von dem Anteil eines Gesamthänders aussagen, der einer Miteigentumsgemeinschaft zur gesamten Hand an einem Grundstück angehört. Der gesamthänderische Anteil[18] kann aber unbeschränkt belastet werden, unabhängig von einer vorangegangenen Belastung des Grundstücks (des „gemeinsamen realen Substrates"); und ebensowenig hindert die vorherige Belastung des Anteils eine weitere Belastung des Grundstückes.

So ist der Nachweis erbracht worden, daß Levy die nötige

---

17. vgl. Wolff § 120, I.

18. wenigstens bei Gesellschaftern und Miterben, vgl. die vorvorige Anm.; dagegen § 1442 (Anteil am Gesamtgut).

Folgerung aus seiner Grundanschauung nicht gezogen hat. Das von ihm erstrebte Resultat[19] steht geradezu im Widerspruch zu dem vorher behaupteten grundlegenden Gegensatz zwischen der Belastung des realen Grundstücks und der Belastung des Anteilsrechtes. Dieser Widerspruch, dessen Auflösung nicht gelungen ist, läßt auf die Unrichtigkeit des behaupteten Gegensatzes schließen, den auch Kretzschmar für falsch hält. Es kann dabei bemerkt werden, daß der grundlegende Gedanke von Kretzschmar, der sich an zweiter Stelle auch bei Levy findet, nämlich die Verschiedenartigkeit des Miteigentums vom Eigentum, nicht im Widerspruch mit dem hier von Levy erstrebten Resultat steht: Mag auch das Miteigentum in seiner besonderen Struktur ein von dem Eigentum selbst verschiedenes Recht sein, so enthält doch die Summe der Miteigentumsrechte nicht weniger als das Volleigentum. Die Miteigentumsrechte „verdecken" also das eine Eigentum am Grundstück für künftige Belastungen, wenn sie schon als solche belastet sind; für eine Belastung des Eigentums ist neben der Belastung der einzelnen Anteilsrechte kein Platz mehr. (Vorausgesetzt ist dabei, daß man eine Belastung des einen Eigentums am Grundstück trotz bestehendem Miteigentum überhaupt für möglich hält!).

Levy selbst ist die Schwierigkeit seiner Grundauffassung nicht entgangen. Im sechsten Teil (S. 878) kommt er darauf zu sprechen, daß in Konsequenz seiner Anschauung der § 876 BGB. für die Bruchteilshypothek anwendbar sein müßte. Die Anwendung dieses Paragraphen würde bedeuten, daß das durch die Hypothek belastete Miteigentum nicht ohne Zustimmung des Hypothekars aufgehoben werden dürfe; daß also auch die Eigentumsentäußerung irgend welcher Teile, die dem Miteigentum unterliegen, grundsätzlich unzulässig sei, selbst da, wo nach §§ 1120 ff. bei der gewöhnlichen Grundstückshypothek solche Teile (z. B. Bestandteile) aus der Haft kommen können. — Andrerseits kämen die Bestimmungen der §§ 1120 — 1131 nicht ohne weiteres in Betracht, durch die der Grundstückshypothek Gegenstände verhaftet werden, die nicht in direkter Beziehung zum Eigentum am Grundstück stehen. — Beide Bedenken lassen sich jedoch erledigen, weil kein triftiger Grund besteht, die Anteilshypothek anders zu behandeln

19. In der Formulierung auf S. 894, IV: „Eine Grundstückshypothek kann dann nicht mehr entstehen, wenn u. solange ein einzelner Miteigentumsanteil als solcher gesondert belastet ist".

als die Grundstückshypothek. Aus dem Wesen der Hypothek, das in allen Fällen das gleiche bleibt, folgert Levy mit Recht auch für die Anteilshypothek die Anwendbarkeit der §§ 1120—1131.

Weitere Einzelheiten, die die Arbeit von Levy besonders im fünften und siebenden Teil enthält, kommen hier nicht in Betracht; denn es handelt sich zunächst nur um das Problem, ob die Regeln der Gesamthypothek zur Anwendung kommen sollen.[20]

II. Der Lösungsversuch dieser Arbeit.

Aus der Darlegung des Gedankenganges der Arbeit von Levy kann man ersehen, daß für die Lösung des ganzen Problems grundlegend die Beantwortung der von Levy mit Recht an den Anfang gestellten Frage ist, welche rechtliche Bedeutung die spätere Entstehung von Miteigentum an einem Grundstück für die am Grundstück bestehende Hypothek hat. Die Lösung dieses Falles führt dann zu der zweiten, noch zurückzustellenden Frage, welche Haftungsgegenstände eine Hypothek haben kann, die von den Miteigentümern selbst bestellt wird.

Die Lösung der grundlegenden Frage, wie sich die Hypothek bei späterem Entstehen von Miteigentum gestaltet, beruht bei Levy auf der Feststellung der Verschiedenheit erstens der Bruchteils- von der Grundstückshypothek und zweitens des Anteilsrechtes vom Eigentum. Die erste Feststellung ist, wie noch genauer auszuführen, unhaltbar. So bleibt an dieser Stelle nur zu untersuchen, ob die zweite Feststellung von entscheidender Bedeutung für die Lösung der Aufgabe ist. Kretzschmar, Weber und alle andern, die in der Beweisführung der Entscheidung in RG. 20 folgen, machen die Lösung des Problems sogar einzig und allein von der Beantwortung der Frage nach der Qualität der Miteigentumsrechte abhängig; sie untersuchen den Inhalt des Anteilsrechtes im Verhältnis zum Inhalt des Eigentums. Diese Untersuchung hat, wie schon hervorgehoben, nur einen Sinn vom Standpunkt derjenigen aus, die nicht eine Belastung des Grundstückes selbst, sondern des Eigentums am Grundstück annehmen. Diejenigen, die andrer Ansicht sind, brauchen eine entsprechende Untersuchung über das Verhältnis des Grundstücksbruchteils zum realen Grundstück nicht erst anzustellen. Aber

20. Zustimmung findet Levy neuerdings bei Güthe—Triebel § 49, 3 und Staudinger Nachtrag, 689 bei § 1114. Vgl. auch O.L.G.E. 40 S. 52, wo auf Levy verwiesen wird.

selbst vom Standpunkt der ersteren aus ist die Untersuchung über die Qualität des Miteigentümerrechts ohne Nutzen für die Lösung der Aufgabe. Wird nämlich die Gleichartigkeit des Miteigentümeranteils mit dem Eigentum bewiesen, so ist dies allein noch kein zwingender Grund dafür, daß nunmehr die Belastung an den einzelnen Miteigentumsrechten fortbestehen muß. Zu einem Uebergange der Belastung vom Eigentum auf die Anteilsrechte könnte nur der Umstand zwingen, daß nicht mehr das ganze Eigentum als solches, sondern nur noch einzelne Teilrechte vorhanden sind, die an die Stelle des einen Eigentums getreten sind.

Andrerseits könnte die Wesensverschiedenheit des Miteigentümeranteils vom Eigentum einem Uebergange der Hypothek auf die Teilrechte nicht entgegenstehen, wenn auf anderem Wege bewiesen wird, daß bei Entstehung von Miteigentum das ganze Eigentum an der Sache als solches untergeht und an seine Stelle die einzelnen andersartigen Teilrechte treten. Denn man muß den Uebergang der Belastung von dem einen Gegenstand auf den andern als eine Art Surrogation ansehen, worauf Hirsch zutreffend hinweist.[1] Besteht ein Pfandrecht an einem Topf und zerbricht dieser Topf, so versteht es sich auch ohne besondere Vorschrift des Gesetzes von selbst, daß — unabhängig davon, ob die einzelnen Stücke dem ganzen Topf gegenüber ein aliud sind oder nicht — das Eigentum und das Pfandrecht sich an den Stücken fortsetzen; oder im Sinne derer, die das Eigentum selbst als belastet ansehen: daß das Pfandrecht am Eigentum des Topfes sich in ein Pfandrecht an den Eigentumsrechten an den einzelnen Stücken verwandelt.[2]

Unter der Annahme, daß an die Stelle des untergehenden Eigentums die Miteigentumsanteile treten, daß also ihre Entstehung mit einem definitiven Rechtsverlust beim Eigentum verbunden ist,[3] gleicht die Rechtslage dem Falle des zerbrochenen Topfes. Der Uebergang der Belastung auf die Miteigentumsrechte

---

1. S. 370 Anm. 4. Doch treten die Anteile als selbständige Gegenstände nicht „neben die Sache", sondern anstelle der Sache. — Die Stelle wird zitiert bei Jaeckel—Güthe zu § 112 Nr. 2, sie war also Levy zugänglich.

2. Hirsch, S. 369. — Vgl. dazu Entwurf I zum BGB. § 1150, 1: „Das Pfandrecht besteht an jedem Teile des Pfandes . ." §1150, 2: „Werden Bestandteile, insbesondere Erzeugnisse, von dem Pfande getrennt, so besteht an ihnen das Pfandrecht fort." —

3. S. v. Tuhr II S. 61.

muß sich von selbst, ohne ausdrückliche Bestimmung des Gesetzes vollziehen. Es wäre unvorstellbar, daß die Hypothek, wenn sie das Eigentum nicht mehr belasten kann, weil es nicht mehr vorhanden ist, einfach untergehen sollte, ohne daß die Belastung auf den neu entstandenen Miteigentumsrechten ruhen würde.

Der Gedanke einer Surrogation ist offenbar von Levy und Kretzschmar nicht beachtet worden; denn sonst hätten sie der Untersuchung über die Qualität der entstehenden Miteigentumsrechte im Verhältnis zum Eigentum nicht ein derartiges Gewicht beilegen können. Der Weg für die richtige Lösung ist durch den Gedanken der Surrogation schon angedeutet worden, er bedarf aber noch näherer Ausführung.

Geht man davon aus, daß nicht das Grundstück, sondern das Eigentum am Grundstück belastet ist, dann hängt die Lösung der Hauptfrage davon ab, ob man annimmt, daß das Eigentum trotz des Bestehens einzelner Anteilsrechte in seinem Bestande als ungeteiltes Recht nicht gefährdet ist, oder daß es vielmehr von der Summe der Anteilsrechte abgelöst und ersetzt wird. Bei der ersten Annahme besteht die Hypothek unverändert fort, bei der zweiten verwandelt sie sich in eine Totalhypothek an den Anteilen.

Geht man dagegen davon aus, daß nicht das Eigentum am Grundstück, sondern das Grundstück selbst belastet ist, so hat eine Aenderung in den Eigentumsverhältnissen keinerlei Bedeutung, es sei denn, daß nach der Theorie des Miteigentums das Grundstück selbst in rechtlicher Beziehung nicht mehr als eine Einheit, sondern nur noch als Summe selbständiger Grundstücksbruchteile angesehen werden kann, von denen jeder unter der Herrschaft eines einzigen Anteilsrechtes steht. Nur in diesem Fall (nämlich bei Annahme der Sachteilungstheorie) könnten die Grundstücksbruchteile den Grundstücken gleichgestellt werden, so daß die Regeln der Gesamthypothek zur Anwendung kämen.

Unabhängig von den Ausgangspunkten ist die wesentliche Frage allein die, ob bei entstehendem Miteigentum das Grundstück bezw. das Eigentum am Grundstück als Ganzes oder an seiner Stelle einzelne selbständige Teile[4] belastet sind.

---

4. Zu untersuchen ist nicht die Frage der Qualität des Anteilsrechtes, sondern die Frage, ob das Miteigentumsrecht bezw. der Grund-

Auf diese Frage stellt es letzten Endes auch das RG. in J.W. 1910 S. 473 ab, indem es untersucht, ob nur das Grundstück als ungeteiltes Ganzes haftet oder auch die einzelnen Anteile belastet sind.

Das RG. setzt den Anteil einem Grundstück gleich und schließt aus der Selbständigkeit des einzelnen Anteils, daß bei Bestellung einer Hypothek durch die Miteigentümer die Hypothek jeden Anteil vollständig belastet. Trotzdem gelangt es nicht zu der Auffassung einer Gesamthypothek an den mehreren Anteilen, sondern nimmt eine Einzelhypothek an dem einen Grundstücke an.[5] — Das Wesentliche an dieser Entscheidung ist die Annahme einer selbständigen Belastung jedes Anteils; dahinter tritt die Frage zurück, ob hier eine Gesamthypothek oder eine Einzelhypothek anzunehmen ist.

Das KG., das in Bd. 30 S. 258 bei nach erfolgter Belastung entstehendem Miteigentum eine Gesamthypothek angenommen hatte, scheint in Bd. 41 S. 243 für den Fall einer gleichzeitigen Bestellung der Hypothek durch die Miteigentümer die Frage, ob eine Gesamthypothek vorliegt, nicht entscheiden zu wollen; es betont die selbständige Belastung aller Anteile und fügt hinzu: „Wenn das RG. trotzdem (!) ..... die Meinung vertritt, daß durch die Belastung der sämtlichen Miteigentumsanteile mit derselben Hypothek keine Gesamthypothek entstehe, so ist daraus nicht zu folgern, daß nicht die eine oder die andere der für die Gesamthypothek gegebenen Vorschriften auf den Fall des Miteigentums entsprechende Anwendung finden dürfte."

Es handelt sich aber in Wirklichkeit nicht nur um die eine oder andere Vorschrift, sondern um sämtliche Vorschriften der Gesamthypothek, wie schon dargelegt. Im Grunde genommen scheint dies auch die Meinung des RG. und des KG. zu sein; denn wollte man die Entscheidung des RG. beim Worte nehmen, daß nur eine Einzelhypothek am Grundstück als an einem einheitlichen Ganzen bestehe, dann würde jeder Vergleichspunkt für eine Analogie fehlen; es dürfte überhaupt keine Regel der Gesamthypothek zur Anwendung kommen.[6] Es würde auch nichts

stücksbruchteil gegenüber dem Ganzen selbständig ist. Beide Fragen sind völlig verschieden. Vgl. Engländer (S. 281; S. 266 Nr. 492), der betont, daß die Unselbständigkeit des Anteils nicht eine qualitative Verschiedenheit vom Eigentum ausschließt.

5. Eine Einzelhypothek und doch selbständige Belastung der Anteile nimmt auch OLG. 25 S. 256 an.

6. Levy S. 104 ff.

nützen, etwas Drittes anzunehmen, nämlich eine Hypothek, die sowohl auf dem Grundstück als Ganzem als auch auf den einzelnen Anteilen lastet, denn soweit diese Hypothek auf den Anteilen ruhen würde, müßte sie auch Gesamthypothek sein.[7]

Es kann nach diesen Ausführungen kein Zweifel mehr bestehen, daß in den eben genannten Entscheidungen ihrem wesentlichen Inhalt nach die Antwort auf die oben gestellte Hauptfrage im Sinne einer Belastung der Anteile als selbständiger Haftungsgegenstände anstelle des einen ungeteilten Grundstücks (bezw. des Eigentums) ausgefallen ist. Es soll in dieser Arbeit versucht werden, für dieses Ergebnis eine theoretische Begründung zu finden.

III. Die Sache selbst als Gegenstand der dinglichen Rechte.

1. Beim Eigentum.

Die für die Lösung des Problems entscheidende Frage ist so gestellt worden, als ob es auf die Frage, was den Gegenstand der Belastung bildet, das Eigentum oder das Grundstück selbst, nicht ankäme. Das wird sich vielleicht so am Ende dieser Arbeit auch herausstellen, hier zu Anfang ist jedoch eine Untersuchung darüber schon aus dem Grunde notwendig, weil die Ansicht von Levy über die Verschiedenheit der Bruchteils- von der Grundstückshypothek noch zurückzuweisen ist. Außerdem aber ist die Untersuchung wichtig als Grundlage für die spätere Besprechung der Miteigentumstheorien.

Die Frage, was den Gegenstand der Belastung bildet, beantwortet Kretzschmar (S. 773) dahin, daß die „Belastung des Grundstückes“ nur ein bildlicher Ausdruck des Gesetzes sei, in Wirklichkeit aber das Eigentum von der Belastung betroffen werde. Denn wenn es sich um Sachen handele, seien nicht diese, sondern die subjektiven Rechte Gegenstand des Rechtsverkehrs. Gegen diese Auffassung könne auch nicht eingewandt werden, daß der Hypothekengläubiger ja auch nach Aufgabe des Eigentums in der Lage wäre, sich aus dem Grundstück zu befriedigen; denn in der Zwangsversteigerung erlösche die Befugnis des Aneignungsberechtigten zur Aneignung, und somit richte sich hier die Hypothek mittelbar ebenfalls gegen das Eigentum.

Aus diesem letzten Satz geht bei richtiger Auslegung nur

7. Levy S. 310/311.

hervor, daß in Wirklichkeit nicht das Eigentum, sondern das dem Fiskus zustehende Aneignungsrecht belastet sei. Da dieses Aneignungsrecht noch nicht selbst Eigentum ist, sondern ein besonderes dingliches Recht am herrenlosen Grundstück,[1] ist es nicht begreiflich, wie nach Wegfall des Eigentums plötzlich dieses Recht belastet sein soll. Die Folge davon müßte doch sein, daß der Hypothekengläubiger gegen den Fiskus als Aneignungsberechtigten klagen könnte. Die Bestellung eines Vertreters nach § 59 ZPO. wäre ganz überflüssig.

In diesem Sinne ist also die Auffassung Kretzschmars nicht haltbar; aber sie kann aufrecht erhalten werden, wenn man die Möglichkeit eines subjektlosen Eigentums ins Auge faßt. In diesem Falle bedeutet Herrenlosigkeit, wie Wolff bemerkt,[2] nicht Eigentumslosigkeit, sondern nur das Fehlen eines Eigentümers. Die Belastung bestände am Eigentum fort und brauchte nicht auf das Aneignungsrecht überzugehen. Denn wer das Grundstück okkupiert, erwirbt nach dieser Ansicht genau so wie ein Rechtsnachfolger[3] nicht ein neues, sondern das alte, nur subjektlos gewordene und daher nach wie vor belastete Eigentum.

In voller Schärfe wird diese Ansicht von Hellwig bei der Aufgabe von Grundstückseigentum vertreten.[4] Bei beweglichen Sachen dagegen nimmt er ein subjektloses Eigentum nicht an.[5] Der Grund, warum er die Ansicht nur für das Grundstückseigentum vertritt, liegt offenbar in der Existenz des § 58 ZPO. Romeick (III, S. 78) weist indessen nach, daß ein zivilprozessualisches Interesse nicht vorhanden ist. Eine tiefere Begründung fehlt aber bei Hellwig; sonst wäre auch kaum anzunehmen, daß er einen Unterschied zwischen beweglichen Sachen und Grundstücken gemacht hätte.[6] [7]

---

1. Wolff § 63, II, 1.
2. § 63, Anm. 6.
3. s. v. Tuhr I, S. 219.
4. Rechtskraft S. 274 § 40, III; s. auch Hellwig, Anspruch und Klagerecht § 32; Lehrbuch des Zivilprozesses I, § 43, II; II § 124.
5. Hellwig spricht hier nicht von einer Ableitung des Eigentums, sondern von dem abgeleiteten Erwerb der condicio occupandi (Rechtskraft S. 272). Diese Ansicht wird in der Literatur nicht anerkannt, s. Sohm S. 36 Anm. 16.
6. Gegen Hellwig vor allem Stammler, Unbestimmtheit des Rechtssubjektes, Festgabe für Gießen, S. 463 f. s. a. Saenger S. 114 ff.
7. Nicht spricht gegen Hellwig schon die Verneinung einer Rechtsnachfolge des Okkupanten. Wolff § 78, 1. Enneccerus § 130 Anm. 7.

Die Theorie des subjektlosen Eigentums wird von du Chesne mit guten Gründen bekämpft. Er führt im Wesentlichen folgendes aus: Nach der Ansicht von Hellwig werde durch die Dereliktion das subjektive Band zerrissen, das den Eigentümer an das Grundstückseigentum knüpfte, während das Eigentum in seinem objektiven Bestande fortbestehe. Dieses subjektive Band zwischen Eigentümer und Eigentum sei daher zu untersuchen. Es könne entweder tatsächlicher oder rechtlicher Art esin. Das erstere sei nicht möglich: „Eine tatsächliche Macht oder Beziehung des Eigentümers zu seinem Eigentumsrecht, also eine nur tatsächliche Verbindung zwischen dem Berechtigten und seinem Recht, vorn Recht, hinten Recht und in der Mitte Nicht-Recht, das gibt ebenso gut ein Fabeltier wie die verflossene Chimaira.“ Die Beziehung zwischen Eigentümer und Eigentum könnte demnach nur eine rechtliche sein. Aber ein derartiger rechtlicher Bindegriff sei auch nicht denkbar. Der Satz: „Ich bin Eigentümer einer Sache“ besagt dasselbe wie: „Die Sache ist in meinem Eigentum“. „Es handelt sich offenbar um einen homogenen Rechtsbegriff, der nur verschieden zum Ausdruck kommt, je nachdem man vom Rechtssubjekt oder Rechtsobjekt ausgeht“. Dieser Rechtsbegriff, das Eigentum, wird von du Chesne bestimmt als „die rechtliche Unterworfenheit einer Sache unter die Interessensphäre eines eigentumsfähigen Rechtssubjektes, also eine Beziehung zwischen Rechtssubjekt und Sache“. Diese Beziehung werde aufgehoben, wenn die Sache aus der geschützten Interessensphäre des einen herauskomme, ohne damit in die eines andern Rechtssubjektes überzugehen. — Herrenlosigkeit bedeutet nach diesen Ausführungen also sowohl Freiheit der Sache vom Eigentum wie Freiheit vom Eigentümer. Ein Unterschied, wie Wolff es will, kann nicht gemacht werden; fehlt der Eigentümer, so ist auch kein Eigentum mehr da.

Die herrschende Meinung nimmt daher mit Recht im Falle des § 928 Erlöschen des Eigentums an, so daß in der Person des Aneignungsberechtigten nicht dasselbe, sondern ein neues Eigentumsrecht entsteht.[8] Da Sache und Eigentum demnach verschiedene rechtliche Schicksale erleiden können, ist die Ansicht falsch, die Eigentum und Sache identifizieren will.[9] Die Ableh-

8. v. Tuhr I S. 77; II S. 41; Planck § 928, 4.

9. Sohm S. 20: „Das Eigentum fällt für den verfügungsgeschäftlichen Verkehr mit der Sache zusammen“. (s. dagegen v. Tuhr I S. 319). — Kretzschmar, Sachenrecht I S. 88 (§ 29): „Das Eigentum ist das Recht an

nung des subjektlosen Eigentums hat vor allem zur Folge, daß eine Belastung des Eigentums anstelle der Sache nicht angenommen werden kann, soll das belastende Recht von einem Untergang des Eigentums unberührt bleiben. —

Zu demselben Ergebnis führt auch, unabhängig von dem ersten, ein zweiter Beweis auf dem Wege einer Untersuchung der Rechte an Rechten. Kretzschmar[10] behauptet: „Die Belastungen einer Sache und die Rechte an Rechten sind sonach wesensgleich und unterscheiden sich nur nach der Art des Rechtes, an dem sie bestehen. Den Gegenstand der ersteren bildet das Eigentum an einer Sache, denjenigen der letzteren ein anderes .... Recht."

Demgegenüber stellt Goldschmidt (S. 21) den Satz auf, daß das Recht als Willensmacht nicht wieder Objekt einer fremden Willensherrschaft sein könne. Er meint dementsprechend, daß z. B. beim Nießbrauch am Recht das Objekt des Rechtes auch das alleinige Objekt des Nießbrauchs am Recht sei. Hierin folgt er Hirsch, demzufolge der Ausdruck „Rechte an Rechten" nicht dazu verleiten dürfe, dem unterworfenen Recht dieselbe Rolle zuzuteilen wie der Sache bei den „Rechten an Sachen". Denn wie das Eigentum Quelle jedes abgeleiteten Sachenrechtes sei, so sei auch das unterworfene Recht nur Quelle des entstehenden Rechtes an diesem Recht;[11] der Nießbrauch an einer Grundschuld habe daher nicht sie selbst, sondern das Grundstück zum Objekt.[12]

Als Anhänger der Ansicht, daß Objekt eines Rechtes an Rechten nicht das Recht sei, ist besonders Exner zu nennen, Er führt aus (S. 9), daß das Recht als eine ideale Macht die physische Einwirkung auf die Sache nie vermitteln, sondern nur sanktionieren könne. Dieser Satz spricht vor allem gegen die Möglichkeit der Belastung des Eigentums anstelle der Sache;

---

einer Sache schlechthin; es fällt für den Verkehr mit der Sache selbst zusammen". „Insbesondere enthält auch begrifflich die Belastung einer Sache mit einem begrenzten Rechte eine Belastung (Beschränkung) des Eigentums an der Sache."

10. Sachenrecht II, S. 11.

11. Hirsch S. 319.

12. Aus dieser Konstruktion läßt sich am besten erklären, daß der Nießbrauch an einer Forderung von derselben Beschaffenheit ist wie die Forderung selbst, s. v. Tuhr I S. 158, Wolff § 120, 1.

eine Herrschaft über die Sache durch Vermittlung der Herrschaft über das Eigentum ist theoretisch undenkbar.[13]

Die von den genannten Schriftstellern vertrene Ansicht wird jedoch in der Literatur bekämpft. Man wendet mit Reicht ein, daß der Inhaber eines Rechtes an Rechten (z. B. der Forderungspfandgläubiger) in manchen Beziehungen auf das Recht selbst einwirken könne.[14] Danach ist das Recht mindestens auch Gegenstand des Rechtes an Rechten. Die erste Auffassung ist aber nur insoweit zu verwerfen, als sie die Herrschaft über das unterworfene Recht gänzlich in Abrede stellt, im übrigen dagegen als richtig anzuerkennen, und zwar abgesehen von den angeführten Gründen schon deshalb, weil sich sonst gar nicht das Fortbestehen des Pfandrechts an einer Forderung erklären ließe, wenn diese durch Konfusion erlischt.[15] Gegenstand des Rechtes an Rechten ist nach dieser letzten Auffassung also sowohl das Recht, wie auch das Objekt dieses Rechtes ohne Vermittlung des Rechtes. Hiernach wäre auch ein Recht am Eigentum denkbar; es würde nicht nur das Eigentum zum Gegenstand haben, sondern auch die Sache selbst, und zwar ohne Vermittlung des Eigentums. —

Die Untersuchung über die Rechte an Rechten hat also ebenfalls (wie die Ablehnung der Theorie des subjektlosen Eigentums) ergeben, daß das Eigentum allein, anstelle der Sache nicht Gegenstand eines Sachenrechtes sein kann. Zugleich aber hat die Untersuchung die bisher nicht beachtete Möglichkeit gezeigt, durch Einordnung der Sachenrechte in die Rechte an Rechten als belastet sowohl die Sache wie das Eigentum anzusehen.

Diese Ansicht ist jedoch unhaltbar, wenn man Hirsch (S.

---

13. s. auch Dümchen S. 412.

14. Enneccerus § 70 I, 6; zuletzt Hedemann S. 36 § 4, II, c). Die Auffassung, wonach es sich bei den Rechten an Rechten nicht um eine sachenrechtliche Belastung, sondern um eine Abtretung der Ausübungsmöglichkeit handle, hält Hedemann für gekünstelt und meint: „Das wirtschaftliche Bedürfnis drängt zur unmittelbaren Anerkennung des „Rechts am Recht", denn nur so wird dem Rechtsinhaber die gleiche volle Verwertungsmöglichkeit eröffnet, wie dem Sachinhaber. Die Rechtsordnung ist auch, dank ihrer Souveränität in der Lage, die unmittelbare Geltung des Rechts am Recht anzuordnen." Eine indirekte Anerkennung auf dem Wege der Fiktion sieht Hedemann in der Möglichkeit, das Erbbaurecht wie ein Grundstück zu belasten.

15. Enneccerus § 70 Anm. 8.

198) darin folgt, daß das aus dem Eigentum abgeleitete belastende Recht keine Befugnis enthält, die nicht dem Eigentum als dem Mutterrecht entstammt. Nach dieser Theorie läßt sich das abgeleitete Recht schon deshalb nicht als Recht am Eigentum (bezw. an der Sache und am Eigentum) konstruieren, weil das Eigentum doch kein Recht am Eigentum ist.[16]

Gegen die Ansicht sprechen ferner die unlösbaren Schwierigkeiten, zu denen die Dereliktion nach BGB. führen würde. Denn vorausgesetzt, daß man die Möglichkeit des subjektlosen Eigentums ablehnt, würde die Dereliktion entweder bedeuten, daß das an dem Eigentum und an der Sache bestehende Recht schon durch den Untergang des Eigentums erlischt — oder daß der Aneignungsberechtigte die Sache belastet, das neue Eigentum aber unbelastet erwirbt, so daß nunmehr eine reine Sachbelastung herauskäme, was nach dieser Ansicht gerade unmöglich ist.

Schließlich läßt die spezielle Regelung des Nießbrauchs und des Pfandrechts an Rechten im BGB. erkennen, daß die Rechte an Rechten keine umfassende Kategorie bilden, in die auch die Sachenrechte eingeordnet werden könnten.[17]

Aus den §§ 1071 und 1276 ergibt sich, daß mit dem Untergange des ihnen unterliegenden Rechtes auch Pfandrecht und Nießbrauch erlöschen, daß jedoch der Inhaber des unterliegenden Rechtes nicht ohne Zustimmung des Nießbrauchers bezw. Pfandgläubigers sein Recht aufheben kann. Nießbrauch und Pfandrecht an Rechten sind also mit dem Rechte selbst verknüpft und hängen von seinem Schicksal ab. Das aber kann man bei einem gewöhnlichen beschränkten Sachenrecht für seine Beziehung zum Eigentum nicht behaupten, wenn man nicht die Ansicht des subjektlosen Eigentums vertritt. Man könnte nur den § 876 anführen, der entsprechend den §§ 1071, 1276 die Wirksamkeit der Aufhebung eines „Rechtes am Grundstück“ von der Zustimmung desjenigen abhängig macht, der ein Recht an diesem Rechte hat; aber unter dem aufzuhebenden „Recht an einem Grundstück“ ist in § 876 nur ein beschränktes Sachenrecht zu verstehen, nicht das Eigentum[18] — und für das Mobiliarsachenrecht fehlt eine

16. s. Dümchen, S. 412.

17. s. dagegen auch Planck, Vorbem. vor § 1204.

18. Vgl. Wolff § 39. Darüber besteht anscheinend kein Zweifel, doch sei hier eine Begründung gegeben: § 876 kann nicht ohne den § 875 gedacht werden; an dessen Stelle gilt aber für das Eigentum die Sonderbestimmung des § 928; § 876 darf also nicht im Falle des § 928 angewendet werden. —

gleichartige Bestimmung. Die Aufgabe des Eigentums ist daher niemals an die Zustimmung der Inhaber der an der Sache bestehenden Rechte gebunden, wie die Aufgabe des unterliegenden Rechtes bei einem Recht an Rechten.[19] Wären die Sachenrechte den Rechten an Rechten zuzuzählen, so könnte dieser Unterschied nicht bestehen. Auch aus diesem Grunde ist daher die Ansicht abzulehnen, nach der die Sachenrechte außer der Sache selbst noch ein Recht, das Eigentum, zum Gegenstande haben.

Demnach läßt sich nunmehr das Verhältnis der abgeleiteten Sachenrechte zum Eigentum auf folgende Weise darstellen: Das belastende Recht ruht auf der Sache selbst und ist nicht von dem Bestande des Eigentums abhängig;[20] es ist mit ihm überhaupt in keiner Weise verknüpft, denn es belastet das Eigentum nicht, sondern engt es nur ein, indem es seine Ausübungsschranke bildet. Beide Rechte stehen zueinander im selben kollidierenden Verhältnis wie zwei rangverschiedene Hypotheken, wobei das Eigentum den schlechteren Rang einnimmt.[21] Nur solange das belastende Recht vorhanden ist, wird daher das Eigentum beschränkt; umgekehrt aber ist es für das abgeleitete Recht ganz gleich, ob das rangschlechtere Eigentum vorhanden ist oder nicht.

2. Beim Miteigentum.

Was für das Verhältnis des abgeleiteten Sachenrechtes zum Eigentum festgestellt ist, muß auch Geltung für das Verhältnis der Bruchteilsbelastung zum Anteilsrecht des Miteigentümers haben. Das ist auch die Ansicht von Hirsch (S. 274): „Das Pfandrecht am Anteil eines Miteigentümers ist eigentlich Sachpfandrecht. Denn der Anteil ist Gegenstand des Miteigentums wie die ganze Sache Gegenstand des Alleineigentums. Er wird deshalb grundsätzlich als Sache behandelt."

Indessen bedarf es noch der Klärung der im Gesetz gebrauchten Ausdrücke „Anteil" und „Grundstücksbruchteil". Hirsch versteht offenbar unter Anteil einen Sachanteil. Dagegen wird in den §§ 741 ff. das Wort „Anteil" nur im Sinne eines Anteilsrechtes verwendet. Danach ist der Anteil nicht nur das Maß der Mitberechtigung,[22] sondern die Mitberechtigung selbst.[23] Eine

19. Vgl. Hedemann S. 188 (§ 18, III, b, 1).
20. v. Tuhr S. 158.
21. Hirsch S. 199 und S. 320.
22. Endemann, § 70, 1 a; Anm. 5.
23. Engländer S. 202, Anm. 369.

reine quotale Größenbestimmung ist der Bruchteil, der Anteil aber bezeichnet nicht ein quantitatives, sondern ein qualitatives Verhältnis, er bedeutet eine Rechtsposition.

Allerdings könnte nach dem reinen Wortsinn mit „Anteil" auch ein bestimmtes Maß gemeint sein, das auf Sachen und Rechte bezogen werden könnte. Aber in diesem Sinne wird der Ausdruck wenigstens in den §§ 741 ff. nicht gebraucht. Auch „Anteil am Gewinn" bei einer Gesellschaft (§ 722) bedeutet nur eine Mitberechtigung daran. Ueberhaupt läßt sich der Anteil eines Gesamthänders schwer als Größenbestimmung vorstellen, weil er sich durchaus nicht immer rechnerisch erfassen läßt,[24] im Gegensatz zu den Anteilen bei der schlichten Rechtsgemeinschaft, wo „die Quotenmäßigkeit des Anteils doch einen Grundzug seines Wesens bildet."[25]

Umgekehrt besteht an sich auch die Möglichkeit, den Bruchteil als bloße Größenbestimmung auf Sachen wie auf Rechte anzuwenden, aber von dem Bruchteil eines Rechts ist im Gesetz nirgends die Rede (dagegen von Grundstücksbruchteilen s. §§ 1095, 1106, 1114 BGB.; 864 ZPO.; oder Bruchteilen eines Vermögens §§ 310, 311, 2087 usw.). — In § 743 wird danach zwischen Anteil und Bruchteil genau unterschieden: Jedem Teilhaber gebührt ein seinem Anteil (= Rechtsanteil oder Anteilsrecht) entsprechender Bruchteil der Früchte (vgl. auch § 745, Abs. 3). Auch kann nach § 747 der Teilhaber über sein Recht, nämlich seinen Anteil, nicht über den Bruchteil verfügen.

Danach muß grundsätzlich zwischen den Bezeichnungen (Grundstücks-)Bruchteil und Anteil in allen Fällen unterschieden werden, wo unter Anteil nur das Anteilsrecht zu verstehen ist.[26]

Im Anschluß hieran ist auf den Wortlaut des § 1114 einerseits und der §§ 1066, 1258 andrerseits einzugehen. Hier wird von der Belastung des „Bruchteils eines Grundstücks" gesprochen, dort von der Belastung des „Anteils des Miteigentümers". So könnte es nach dem Wortlaut scheinen, als ob in § 1114 eine Sachbelastung, in den §§ 1066, 1258 eine Belastung des Rechts

---

24. Wolff § 88, II; Engländer S. 227.

25. Engländer S. 240.

26. A. A. außer Endemann a. a. O. und Levy (S. 95) besonders v. Seeler S. 105; er behauptet, daß sich eine Variierung der Ausdrücke im Gesetz nur aus sprachlichen Rücksichten finde. Vgl. Weber S. 19 A. 2: „Das BGB. bezeichnet die ideellen Anteile am Recht allerdings ungenau als Bruchteile der Sache." Siehe darüber auch v. Gierke S. 47 Anm. 39.

gemeint ist. Indessen wird nirgends angenommen, daß beide Fälle verschieden zu behandeln sind; in beiden Fällen wird einheitlich entweder Sachbelastung oder Belastung desMiteigentumsrechtes angenommen.

Der Fall des § 1114 soll hier zuerst behandelt werden. Es ist schon gegen Levy oben (S. 9) darauf hingewiesen worden, daß die Ausdrucksweise des § 1114 so verfehlt ist, daß man aus ihm die entgegengesetzten Ansichten herausgelesen hat. § 1114 lautet: „Ein Bruchteil eines Grundstückes kann mit einer Hypothek nur belastet werden, wenn er in dem Anteil eines Miteigentümers besteht". Der Text würde eindeutig für die Belastung des Grundstücksbruchteils als eines Teiles des Grundstückes selbst sprechen, wenn statt des Wortes „bestehen" richtig das Wort „stehen" gesetzt wäre. Durch das mißverständliche Wort „bestehen" aber wird die irrtümliche Anschauung erweckt, als ob der Grundstücksbruchteil nichts anderes als der Anteil wäre, der hier nur mit Anteilsrecht gleichbedeutend sein kann. Beide Teile sind zwar nur gedachte Teile, aber der Bruchteil einer Sache ist doch ein Teil von etwas Realem, der Anteil dagegen ein Teil von etwas Ideellem. Da also Grundstücksbruchteil und Anteil (= Anteilsrecht) nicht dasselbe sein können, so bleibt nur übrig, wenn man nicht das Wort „Grundstücksbruchteil" einfach ignorieren will, eine Grundstücksbelastung anzunehmen. Dasselbe folgt aus dem Wortlaut des § 864, Abs. 2 ZPO. — Bei dieser Auslegung des § 1114 kann noch unterschieden werden, ob der Sachbruchteil als solcher ein besonderes Rechtsobjekt ist, oder ob er nur einer verkürzten Ausdrucksweise dient. Man kann nämlich § 1114 auch so verstehen, daß nicht der Grundstücksbruchteil als solcher, sondern das ganze Grundstück für die Hypothek in der Höhe des Anteils des Miteigentümers haftet, daß das ganze Grundstück „im Rahmen des Miteigentums" belastet ist.[27] Die Frage, ob der Grundstücksbruchteil als besonderes Rechtsobjekt gemeint ist, braucht hier jedoch noch nicht entschieden zu werden, weil zunächst nur die Frage strittig ist, ob es sich in § 1114 um eine Sach- oder Rechtsbelastung handelt.

Die Motive[28] bieten keinen bestimmten Anhalt zur Deutung des Wortlautes des § 1114. Es ist dort die Rede davon, daß § 1114 gegenüber dem Standpunkt der Rechtskonsequenz eine

27. v. Tuhr I. S. 84 Anm. 20.
28. Motive Bd. III S. 139.

Einschränkung bezwecke. Das kann aber nach beiden entgegengesetzten Auslegungen erklärt werden. Die Anhänger der Grundstücksbelastung können folgendes ausführen: Nicht jeder Grundstücksbruchteil ist mit einer Hypothek belastbar, sondern nur ein im Anteil eines Miteigentümers stehender Bruchteil. Der Alleineigentümer oder der Gemeinschafter einer Gesamthand können also Grundstücksbruchteile nicht belasten, obwohl dies wenigstens dem Alleineigentümer („nach dem Standpunkt der Rechtskonsequenz") möglich sein sollte. (Beziehungsweise: Das Grundstück ist nicht in beliebiger Höhe, sondern nur entsprechend der Größe des Anteils eines Miteigentümers belastbar.) Im Gegensatz dazu gibt Endemann (§ 70 a. a. O.) folgende Auslegung des § 1114: „Nicht jeder Anteil[29] kann selbständiger Gegenstand einer Belastung sein, sondern nur das Anteilsrecht eines Miteigentümers."

Die Deutung Endemanns scheint ebenso berechtigt zu sein; aber sie übersieht eine Schwierigkeit, die Hochschild[30] deutlich herausfühlt. Es drängt sich nämlich bei dieser Auffassung die Frage auf, „ob überhaupt die Quotenbelastung des § 1114 eine Hypothek ist." Hochschild antwortet: „Das BGB. hat im Falle des § 1114 eine Erweiterung geschaffen; auch der Bruchteil (= Anteilsrecht), der streng genommen kein Immobil ist, kann hypotheziert werden."[31] — In den Motiven ist von einer solchen Erweiterung nicht die Rede. Die Besonderheit des § 1114 liegt in der eben erklärten Einschränkung, aber nicht darin, daß in § 1114 ein Recht statt eines Immobils Gegenstand der Hypothek sein soll. Weder aus der Stellung des § 1114 hinter 1113, wo von der Grundstücksbelastung die Rede ist, noch aus den Motiven läßt sich entnehmen, daß § 1114 gegenüber § 1113 hinsichtlich des Gegenstandes der Hypothek etwas vom Allgemeinen Abweichendes bezweckt.

Wenn demnach in § 1114 eine Sachbelastung gemeint zu sein scheint, so läßt der bloße Wortlaut der §§ 1066, 1258 (Rechte am „Anteil") mehr auf eine Rechtsbelastung schließen, wenn man zunächst einmal voraussetzt, daß auch hier unter dem Anteil das Anteilsrecht zu verstehen ist. Man könnte dem

29. Beziehungsweise jede Eigentumsquote.

30. Auch Joerges s oben S. 9 Anm. 7.

31. S. 65. Vgl. Eccius, Gruch. 46 S. 729, 2, der ebenfalls eine Erstreckung des Begriffes von Pfandrecht als „Recht an einer Sache" annimmt.

entgegensetzen, daß in den §§ 1066, 1258 eine dem § 1114 entsprechende, einschränkende Regel fehle, daß auch, wenn kein Anteilsrecht eines Miteigentümers vorhanden sei, der Alleineigentümer einen Bruchteil der Sache belasten könne.[32] Aber es ist denkbar, daß sich die Belastung eines Bruchteils trotz nicht bestehender Eigentumsgemeinschaft ebenso gut wie auf einen Bruchteil der Sache auch auf eine bloße Quote des Eigentums beziehen läßt.[33]

Ein wichtiges Argument für die Sachbelastung ist dagegen die Stellung der §§ 1066, 1258 im Titel über Fahrnispfandrecht (bezw. Nießbrauch) vor den Rechten an Rechten. Dies ist auch der Grund, warum in der Literatur die Bruchteilsbelastung überwiegend als Belastung der Sache selbst angesehen wird.[34] Auch der Gesetzeswortlaut steht dieser Auffassung aus besonderen Gründen nicht entgegen. Die §§ 1066, 1258 unterscheiden sich in dem Punkte von § 1114, daß sie den Inhabern der belastenden Rechte auch eine Einwirkung auf die Gemeinschaft der Miteigentümer ermöglichen; die Inhaber der Rechte an den „Anteilen“ üben die Rechte aus, die sich aus der Gemeinschaft der Miteigentümer in Ansehung der Verwaltung der Sache und der Art ihrer Benutzung ergeben. Belastet sind also hier im Gegensatz zu § 1114 auch gemeinschaftsrechtliche Beziehungen der Miteigentümer.[35] Das aber bedeutet nicht eine

---

32. Planck zu § 1258, 7; Hirsch, Diss. S. 67 Anm. 252; Adamkiewicz S. 38. Gegen die herrschende Lehre von Seeler, S. 71, der eine Beschränkung aus den Anfangsworten des § 1258 herauslesen will.

33. Ob die Quote des Eigentums einen geringeren Inhalt hat (so Levy u. Kretzschmar) oder denselben Inhalt wie das Miteigentümerrecht, braucht hier nicht entschieden zu werden. Vgl. dazu auch Adamkiewicz, der einen Unterschied macht zwischen dem Quotennießbrauch, der nur vom Miteigentümer bestellt werden kann, und der Nießbrauchsquote, die nur der Alleineigentümer begründen kann: „Die Stellung in der Eigentumsgemeinschaft, in die der Quotennießbrauch versetzt wird, hebt sich scharf von der bloßen Nutzungsgemeinschaft ab, in der die Nießbrauchsquote verblieben ist; der erstere bildet somit eine Ausnahme von der Regel, daß der Nießbrauch die Nutzungsgrenze nicht überschreiten soll.“ (S. 43). s. dagegen aber Kattausch, S. 13 Anm. 11.

34. Planck zu § 1258, 4 b; K. v. RGR. zu § 1066, 1. Die meisten gehen auf die Frage nicht besonders ein (vgl. Levy S. 96, 10), doch würden sie wohl zustimmen, da sie die betreffenden Paragraphen nicht unter den Rechten an Rechten behandeln.

35. Der Hypothekengläubiger nach § 1114 kann nicht (wie es § 1258, 2 entsprechen würde) durchAntrag auf Teilungsversteigerung die Ausein-

Belastung des Miteigentumsrechtes selbst, das wie das Eigentum an sich rein sachenrechtlicher Natur ist,[36] sondern höchstens eine Belastung der jedem Miteigentümer aus dem Gemeinschaftsverhältnis zustehenden Forderungsrechte. Man muß hier die sachenrechtliche Sphäre von der schuldrechtlichen trennen. In der sachenrechtlichen Sphäre ist die Sache selbst, nicht das Miteigentum belastet, in der schuldrechtlichen sind die Rechte aus den §§ 1066, 1258 nichts anderes als Rechte an Forderungsrechten.[37] Die Forderungsrechte sind nun aber nicht unabhängig vom Miteigentum, sondern mit ihm unlöslich verbunden; jeder Miteigentümer steht als solcher in einer Gemeninschaftsobligation mit den übrigen Miteigentümern. Aus diesem Grunde kann man in einem weiteren Sinne von einer Belastung des „Anteils" sprechen. So läßt sich der Gesetzeswortlaut rechtfertigen, ohne daß der Ansicht der Sachbelastung dadurch Abbruch getan wird. Daß die Rechte aus §§ 1066, 1258 noch außerdem Rechte an Rechten sind, kann daran nichts ändern, daß, insofern die Sache belastet ist, von einer Belastung des Anteilsrechtes nicht die Rede sein kann. Auch die Auffassung der Hypothek als eines Rechtes am Grundstück selbst wird nicht dadurch gefährdet, daß sie zugleich ein Recht an den Mietszinsforderungen ist.[38]

Hält man die Gemeinschaftsobligation von dem Miteigentumsrecht nicht auseinander, sondern sieht in diesem mit Hirsch ein einheitliches Gebilde, zugleich ein Sachen- und ein Mitgliedschaftsrecht (!), so ist die Rechtslage konstruktiv schwierig zu erklären. Doch muß man dem Anteilsrecht, soweit es Mitgliedsschaftsrecht ist, jede selbständige Bedeutung absprechen. „Dies Mitgliedschaftsrecht ist ... nur ein unselbständiges Stück des Miteigentums. Es kann selbständig nicht gepfändet werden."[39] So kommt man allenfalls auch mit Hirsch dazu, das Recht am Anteil eines Miteigentümers als gewöhnliches Sachenrecht anzusehen.[40]

---

andersetzung herbeiführen. s. Jaeckel—Güthe § 181, 7, 8; K. v. RGR. § 1008, 4.

36. was weiter unten noch darzutun ist.

37. Der Mitbesitz des Pfandgläubigers und des Nießbrauchers nach §§ 1066, 1258 fällt in die sachenrechtliche Sphäre. Daß der Bruchteilshypothekar nach § 1114 keinen Mitbesitz hat, liegt nur daran, daß die Hypothek überhaupt nicht zum Besitz berechtigt.

38. §§ 1123 ff.; s. Wolff § 2, V, 4.

39. Hirsch S. 274 Anm. 1.

40. Folgerichtig muß man daher bei der Pfändung von Bruchteilen

In derselben Weise ließe sich schließlich auch der Wortlaut des § 949 BGB. („.... so bestehen die Rechte an den Anteilen fort ....") erklären, da es sich um Rechte an beweglichen Sachen handelt. Dagegen versagt die Erklärung bei den §§ 1010 BGB. und 182 ZVG., wo von Grundstücksrechten an Miteigentümeranteilen (bezw. Belastung des Anteils eines Grundstücksmiteigentümers) die Rede ist. Die Ausdrucksweise in diesen Paragraphen kann nur so verstanden werden, daß man das Wort „Anteil" hier als eine gemeinsame, neutrale Bezeichnung sowohl für das Anteilsrecht als auch für den Sach- und Grundstücksbruchteil auffaßt.[41] Die Annahme, daß man unter „Anteil" hier genau so wie in §§ 741 ff. und 1114 nur ein Recht zu verstehen hat, erscheint falsch; denn in diesem Falle würde zwischen den §§ 1010 BGB., 182 Z. V. G. einerseits und den §§ 1114 BGB., 864 ZPO. andrerseits ein Widerspruch bestehen, der nur durch die unzulässige Gleichsetzung des Sachbruchteils mit dem Anteilsrecht aufgehoben werden könnte.

So kann festgestellt werden, daß der Wortlaut des Gesetzes in den §§ 1114 BGB., 864 Abs. 2 ZPO. für eine Sachbelastung und in den übrigen Paragraphen jedenfalls nicht gegen eine solche spricht; oder anders ausgedrückt: daß keine Vorschrift für die Annahme einer Rechtsbelastung herangezogen werden kann. Da sonach bezüglich der Frage nach dem Gegenstande der Belastung keine abweichende Sonderbestimmung für die Bruchteilsrechte gegenüber den gewöhnlichen Sachenrechten besteht, dürfte es keinem Bedenken unterliegen, für das Verhältnis des belastenden Rechtes zum Anteilsrecht des Miteigentümers dieselben Regeln gelten zu lassen, die für das Verhältnis des abgeleiteten Sachenrechtes zum Eigentum oben aufgestellt wurden. Ein Beweis für die Richtigkeit dessen ist darin zu finden, daß die oben angeführten Gründe gegen die Anerkennung eines

---

beweglicher Sachen ebenso verfahren wie mit Grundstücksbruchteilen. Indessen behandelt die herrschende Meinung den Bruchteil einer beweglichen Sache bei der Pfändung wie ein Recht, offenbar aus praktischen Gründen. Vgl. Stein § 808, I: „Den Gegensatz zu den körperlichen Sachen bilden die Forderungen und anderen Rechte, bei denen die Pfändung nicht durch tatsächliche Beschlagnahme (Besitzergreifung) vollzogen wird." Dazu Anm. 1: „Der Gegensatz ist ein praktischer, der durch die theoretische Erwägung, daß nach § 808 Eigentum gepfändet wird, nicht zu widerlegen ist." Siehe auch Doßmann, S. 47 Anm. 31.

41. Diese Auffassung kann auch für die §§ 1066, 1258 zutreffen.

Rechtes am Eigentum auch gegen die Möglichkeit eines Rechtes am Anteilsrecht sprechen. Die Belastung des Anteils anstelle der Sache ist schon nach dem unmöglich, was zur Theorie der Rechte an Rechten vorgebracht wurde. Vor allem ist auch ein subjektloses Miteigentumsrecht abzulehnen, woraus sich weiter ableiten läßt, daß eine Belastung anstelle oder neben der Sache undenkbar ist, wenn das belastende Recht nicht bei der Aufgabe des Anteilsrechtes untergehen soll.[42]

Die Möglichkeit einer Dereliktion des Sachbruchteils, die hier zuletzt vorausgesetzt wird, ist für bewegliche wie unbewegliche Sachen fast unbestritten; eine Anwachsung tritt nicht ein.[43] Die Aufgabe von Grundstücksmiteigentum ist auch nicht an die Voraussetzungen des § 876 geknüpft. § 876 gilt nicht für das Eigentum und ebenso wenig für das Recht des Miteigentümers, da auf dieses, mag es gegenüber dem Eigentum ein aliud oder ein minus sein, ohne besondere entgegenstehende Gründe keine andern Regeln als die für das Eigentum zur Anwendung kömmen.[44]

Auch bei beweglichen Sachen stehen der Dereliktion des Sachbruchteils nicht etwa die §§ 1066, 1258 entgegen. Wenn nach den §§ 1066, 1258 der Miteigentümer nur zusammen mit dem Pfandgläubiger (bezw. Nießbraucher) die Aufhebung der Gemeinschaft verlangen kann, so ist darin kein Verbot der Dereliktion enthalten wie z. B. in den §§ 1071, 1, 1276, nach denen das unterliegende Recht durch Rechtsgeschäft (also auch durch Dereliktion) nur mit Zustimmung des Pfandgläubigers (bezw. Nießbrauchers) aufgehoben werden kann. Pfandgläubiger und Nießbraucher sollen nach den §§ 1066, 1258 in Erweiterung ihrer dinglichen Rechte zusammen mit dem Miteigentümer den obligatorischen

42. Die Ansicht der Sachbelastung könnte auch auf § 864, 2 ZPO. gestützt werden. Wenn dort die Vollstreckung in den Grundstücksbruchteil erlaubt ist, so kann es kein Zweifel sein, daß die Vollstreckung auch bei Herrenlosigkeit des Grundstücksbruchteils möglich ist.

43. Planck § 928, 10; § 927, 7; Vorbem. § 1008, 3, e, δ; Doßmann S. 58, S. 64 (herrsch. Meinung).

44. Wenn das Gesetz für das Eigentum gegenüber den beschränkten Sachenrechten besondere Regeln aufstellt wie in den §§ 925 ff., so gelten diese Regeln auch für das Miteigentum (vgl. Planck § 928, 10) denn nach dem Gesetzeswortlaut (§ 1008: Steht das Eigentum mehreren zu . . . .) wird das Recht des Miteigentümers dem Eigentum und nicht den beschränkten Sachenrechten unterstellt. Der Wortlaut des § 1008 verpflichtet nicht dazu, das Anteilsrecht als Eigentumsrecht aufzufassen, aber § 1008 ist für die Auslegung der §§ 876, 928 unbedenklich heranzuziehen, (s. Kattausch, S. 33). Dies gegen Levy S. 878. Vgl. oben S. 27 über § 876.

Anspruch auf Teilung haben, der sonst dem Miteigentümer allein gegen die übrigen Miteigentümer zustehen würde.[45] Das bedeutet nun eine Beschränkung des Teilungsanspruches des Miteigentümers, nicht eine sonstige Beschränkung seiner Freiheit, über das Anteilsrecht zu verfügen, insbesondere es aufzugeben.

Die Fälle der §§ 1066, 1258 sind daher nicht anders zu behandeln als der des § 1114. Die Bruchteilsbelastung bei beweglichen wie bei unbeweglichen Sachen ist Belastung der Sache, nicht des Miteigentümerrechts; das letztere wird durch die belastenden Rechte nur beschränkt und hat infolge der Kollision eine rangschlechtere Stellung. Damit ist endgültig der Nachweis erbracht, daß der grundlegende Unterschied, den Levy zwischen der gewöhnlichen Hypothek am realen Grundstück und der Bruchteilshypothek macht, unhaltbar ist. —

IV. Der Gegenstand des Anteilsrechtes des Miteigentümers nach der Theorie von Schultz und nach der Sachteilungstheorie.

Die vorangehenden Ausführungen befaßten sich mit der Frage, ob als Objekt der dinglichen Rechte das Eigentum bezw. das Anteilsrecht des Miteigentümers oder die Sache selbst anzusehen ist. Nicht entschieden wurde die Frage, ob bei der Bruchteilsbelastung der Sachbruchteil als solcher in Betracht kommt oder immer nur die ganze ungeteilte Sache zu einem bestimmten Bruchteil. Die Entscheidung dieser Frage ist für die Lösung der ganzen Aufgabe von ausschlaggebender Bedeutung; denn es handelt sich darum, ob die Entstehung von Miteigentum es bewirken kann, daß das reale Grundstück nicht mehr als eine Einheit, sondern nur noch als Summe selbständiger Grundstücksbruchteile angesehen werden kann, so daß nicht mehr das Grundstück als Ganzes, sondern nur noch die einzelnen Bruchteile Objekte von Sachenrechten sein können. Nach den Miteigentumstheorien gibt es dafür drei mögliche Ansichten: Entweder ist die Sache als Ganze zu einer Quote Gegenstand des Anteilsrechtes (man sagt in diesem Falle: Geteilt ist das Recht, nicht die Sache); oder der Miteigentümeranteil bezieht sich nicht auf die ganze Sache, sondern nur auf den Sachbruchteil als solchen; oder der Anteil besteht an dem Teile der Sache, der vor der Aufteilung noch unbekannt, nach der Auseinander-

45. s. Planck zu § 1258, 4, b.

setzung dem Miteigentümer zu alleinigem Eigentum überwiesen wird, (wobei der Miteigentümer vor der Teilung, obwohl er schon Eigentum an dem Teile der Sache hat, in der Ausübung seines Rechtes durch das gemeinschaftsrechtliche Schuldverhältnis beschränkt ist).

Die zuletzt genannte Ansicht wird neuerdings von Schultz vertreten, der sich damit abseits von allen andern Theorien stellt. Es ist bisher für das BGB. niemals bezweifelt worden, daß die Aufhebung einer Miteigentumsgemeinschaft durch Teilung der Sache in Natur (§ 752) nicht anders als durch eine gegenseitige Veräußerung zustandekommt, indem die Teilhaber auf Grund von sich gegenseitig bedingenden Tauschverträgen einander ihre Anteile an den zuvor bestimmten Teilstücken der Sache übertragen. Wenn ein von Miteigentümern erworbenes Grundstück unter die Gemeinschafter aufgeteilt werden soll, ist hierzu eine mehrfache Auflassung für die Uebertragung der Miteigentumsrechte an den einzelnen Teilen nötig. Nach der neuen Theorie von Schultz erscheint „die Auffassung von der Naturalteilung... als einer Reihe von Tauschverträgen der Beteiligten untereinander" als irrig (S. 3) und braucht insbesondere bei der Teilung von Grundstücken keine Auflassung mehr stattzufinden, so daß auch eine Besteuerung entfällt. Der Hauptpunkt der Theorie ist folgender: Da nach § 903 jeder Eigentümer mit seiner Sache grundsätzlich nach Belieben verfahren kann,[1] ist der vollständige Uebergang der Sache auf die Teilhaber als einzelne erst mit der durchgeführten Aufteilung der Sache vollzogen. Trotz der Hinausschiebung des endgültigen Ueberganges bis zur Teilung wird „in der gesetzlichen Definition der Gemeinschaft die Zuständigkeit des Rechts, also doch wohl der rechtlich perfekte Erwerb der Anteile am Recht zu den einzelnen Beteiligten als gegeben vorausgesetzt! Damit aber hat das Gesetz für den Fall der Gemeinschaft und des Miteigentums das sonst zum Erwerb des Eigentums vorgeschriebene Erfordernis der Uebergabe, d. h. aber hier das Erfordernis der sofortigen Aufteilung des Gegenstandes ... dahin modifiziert, daß zum Erwerb eines bestimmten Anteils am Recht schon ein solcher Uebergang des ungeteilten Gegenstandes auf alle Teilhaber zusammen genügen muß, daß dieselben, wenn auch nur zusammen in der durch das unter ihnen bestehende Schuldverhältnis der Ge-

1. Zu diesem Argument siehe Doßmann, S. 102 Anm. 1.

meinschaft geregelten obligatorischen Gebundenheit über den Gegenstand tatsächlich verfügen können und es untereinander in der Hand haben, die Aufteilung in die einzelnen Anteile unter sich vorzunehmen, ohne eine nochmalige Zuziehung etwa des früheren Veräußerers, von dem sie den Gegenstand endgültig erworben haben." (S. 15/16). — Das ist wohl so zu verstehen: Der Eigentumserwerb ist durch die Uebergabe bedingt. Hier erfolgt diese erst endgültig mit der Teilung der Sache, trotzdem hat aber der einzelne Teilhaber schon vor der Teilung Eigentum erworben. Die Teilung gibt ihm kein neues Recht. Die Einigung über die konkrete Gestaltung der Aufteilung ist demnach nicht eine Verfügung über die Anteile, sondern „eine typische Verwaltungshandlung im Sinne der Bestimmung des § 744". (S. 20).

Die Konstruktion von Schultz ist mit dem Recht des BGB. nicht vereinbar. Die endgültige Uebergabe erfolgt nicht erst mit der Aufteilung der Sache unter die Teilhaber, sondern ist mit dem Erwerb der Sache durch die Miteigentümer aus der Hand des Vorgängers abgeschlossen. Denn „Uebergabe" heißt nichts anderes als Uebertragung des unmittelbaren Besitzes,[2] und den hat der Vorgänger schon vor der Aufteilung unter die Gemeinschafter nicht mehr. — Schultz hat auch gar nicht den häufigeren Fall berücksichtigt, daß es zur Aufteilung der (vielleicht unteilbaren) Sache nicht kommt, sondern die Sache von den Miteigentümern weiter veräußert wird. Hier würde nach Schultz die Uebergabe, der endgültige Uebergang auf die einzelnen Teilhaber, der doch Bedingung des Eigentumserwerbes ist (s. Schultz S. 16), fehlen. Die Miteigentümer hätten in diesem Falle, wenn sich später der Nichteintritt der Bedingung herausstellt, von Anfang an kein Eigentum erworben — und sollen es doch an einen oder mehrere Nachfolger übertragen können.

Die Theorie ist allein schon mit Hilfe des § 757 zu widerlegen, den Schultz übersehen zu haben scheint. Die Theorie der gegenseitigen Tauschverträge wird von ihm bekämpft, die Teilung soll nur eine Verwaltungshandlung nach § 744 sein; danach muß es aber ganz unerklärlich erscheinen, warum bei der Zuweisung eines gemeinschaftlichen Gegenstandes an einen der Teilhaber jeder der übrigen nach § 757 wie ein Verkäufer haftet.[3]

2. Wolff § 66, I, 1.

3. Vgl. auch Behn, S. 50: Das Aufhebungsgeschäft bei der Gemeinschaft läßt sich (in Uebereinstimmung mit der herrschenden Ansicht des gemeinen Rechts) als Umsatzgeschäft bezeichnen.

Die Theorie von Schultz[4] erinnert sehr an die Regelung der Teilung beim Miteigentum im französischen Recht, wo infolge des Artikels 883c. c. „eine jede Teilung die rechtliche Wirkung hat, daß der Gemeinschaftsgenosse, auf welchen kraft der Teilung ... ein Teil einer gemeinschaftlichen Sache fällt, diese Sache ganz so besitzt, als ob er gleich anfangs, als die Sache zuerst Gemeingut wurde, ausschließlich und allein Eigentümer der Sache gewesen wäre."[5] Hinterläßt z. B. der Erblasser ein Grundstück, an dem jeder der Söhne Miteigentümer nach Bruchteilen ist, und kommt es später zur Aufteilung des Grundstückes, so wird es so angesehen, als ob jeder sein Teilgrundstück direkt vom Erblasser zu bekommen hätte. Die konstruktiven Erklärungen für diese Erscheinung weichen von einander erheblich ab. Von der einen Seite wird behauptet, daß die Teilung eigentlich (wie nach römischem Recht) den Charakter des Tausches haben müßte, daß der Art. 883 aber aus praktischen und historischen Gründen eine entgegengesetzte Fiktion aufgestellt habe, so daß die Teilung sich nur als ein deklarativer Akt darstelle. Die andere Meinung erklärt den Art. 883 nicht durch eine Fiktion, sondern durch die rückwirkende Kraft der Bedingung: Während des Bestehens der Gemeinschaft sei jeder Erbe Volleigentümer der allen gehörigen Sachen unter der sus-

4. Auf die abwegige Arbeit kann im Hauptteil nicht genauer eingegangen werden. Nur auf einiges Wenige sei hingewiesen. Am Schluß der Arbeit finden sich die Worte: „... daß diese Untersuchungen auch jetzt nicht ein abschließendes Werk über die Lehre von den Gemeinschaften darstellen, vielmehr nur die Herausarbeitung eines klaren (!) und unbedingt zuverlässigen (!) Grundrisses der Gemeinschaftslehre bilden sollen, auf welchem im Einzelfalle weiter gebaut werden kann." (S. 57). Zu der gerühmten Klarheit paßt sehr wenig die Unübersichtlichkeit der Sätze; auf S. 24 beträgt ein Satz 214, bis zum Semikolon wenigstens 135 Worte. Bezüglich der Zuverlässigkeit muß auf den Mangel an einschlägiger Literatur aufmerksam gemacht werden. Sonst wäre wohl auch folgender Satz auf S. 28 nicht geschrieben worden: „... vielmehr müßte man annehmen, die §§ 741 ff. fänden sich im Schuldrecht lediglich am unrichtigen Platze und gehörten in das Sachenrecht; diese Konsequenzen wird in Anbetracht der Bedeutung auch schon des äußeren Aufbaues des Gesetzes (!) wohl niemand (!) ziehen wollen." (vgl. auch S. 1.) Für diese jedoch mehrfach erörterte Frage braucht nur auf das Buch von Engländer (insbesondere S. 205 Anm. 379) hingewiesen zu werden. Schließlich sei noch bemerkt, daß der angebliche Rechenfehler in der herrschenden Auffassung, der „zum Widerspruch und zu klarer Problemstellung zwingt" (s. Inhaltsverzeichnis) in Wirklichkeit nicht vorhanden ist. S. unten S. 42 Anm. 17.

5. Zachariä—Crome I, § 181 (S. 538).

pensiven Bedingung, daß sie ihm zufallen (bezw. unter der resolutiven Bedingung, daß sie nicht einem andern zufallen).[6] — Die erste Auffassung zeigt deutlich die Ausnahmestellung des Art. 883 und berührt gar nicht die Frage nach der Konstruktion des Miteigentums. Die zweite Auffassung, die der Theorie von Schultz entspricht, stützt sich auch nur auf die Regel des Art. 883, die im deutschen Rechte keine Parallele hat; sie ist daher mit dem Recht des BGB. unvereinbar.[7]

Von den drei möglichen Ansichten ist damit die letzte ausgeschieden, nach der das Recht des Miteigentümers nichts anderes ist als Eigentum an einem körperlichen Teil der Sache, der der Größe nach, wenn auch nicht der örtlichen Lage nach bestimmt ist,[8] oder nach der das Miteigentumsrecht sich als Eigentum an der später zuzuteilenden Sache darstellt. Damit ist noch nicht die Frage erledigt, ob das Grundstück als Ganzes oder ein Teil des Grundstücks Gegenstand des einzelnen Miteigentumsrechtes ist; denn der bruchteilsmäßig bestimmte Teil einer Sache kann noch anders vorgestellt werden als nach der eben zurückgewiesenen Ansicht: Man kann sich einen Sachkörper derart geteilt denken, daß jeder kleinste Raumteil des Körpers noch geteilt ist. Nach der Theorie von Schultz wäre diese Vorstellung überflüssig und falsch, denn nach ihr ist das Objekt des Anteils ein in der Menge bestimmter substantieller Teil der Sache, dem aber vor der Teilung jede räumliche Bestimmtheit fehlt, die man ihm schon in einem gewissen Maße zuerkennt, wenn man sich die quotal bestimmte Menge der Substanz über alle Raumteile gleichmäßig verbreitet denkt. Im engeren Sinne ist nur der Teil der Sache als Sachbruchteil zu bezeichnen, der zwar nicht äußerlich sichtbar abgegrenzt, aber durch die gleichmäßige Verteilung auf alle kleinsten Teile des Körpers räumlich fixiert ist. Bei den Miteigentumstheorien pflegt man ohne weiteres sich von Sachbruchteil nur diese Vorstellung zu machen.[9]

Bevor ein Beweis dafür gegeben werden kann, daß der Sachbruchteil (im engeren Sinne) ein notwendiges Rechtsobjekt der dinglichen Rechte ist, muß das Wesen des Sachbruchteils noch weiter untersucht werden. Es soll hierbei nicht auf die Frage

6. vgl. A. Colin — H. Capitant, cours élémentaire de droit civile français, Paris 1923; I, S. 770 ff. (S. 774) und III S. 501/502.
7. vgl. Engländer S. 147 Anm. 273.
8. Schultz, S. 26, S. 29.
9. vgl. Wächter, S. 181.

eingegangen werden, ob Gegenstand der Rechte die Sache als „Erscheinung“ oder als „Idee“ ist. Wenn Sokolowski sich dahin entscheidet, daß die Sachenrechte an der Sachidee und nur mittelbar am Sachkörper bestehen, so führt sein Weg ohne Hindernisse zur Anerkennung der Sachbruchteile als solcher. Denn die Sachidee läßt sich in Sachbruchteile zerlegen, die als Begriffsteile in der Idee völlig getrennt sind, andrerseits aber im ungeteilten Sachkörper ihr Substrat haben und daher wie körperliche Sachen behandelt werden müssen.[10] Die Auffassung Sokolowskis kann hier nicht geprüft werden,[11] und es muß deshalb der Versuch gemacht werden, auf einem weniger abstrakten Wege auf dasselbe hinauszukommen. —

Der Sachteilungstheorie, die den Sachbruchteil als geeigneten Gegenstand dinglicher Rechte betrachtet, wird in der Hauptsache entgegengehalten, daß die körperliche Sache nur körperlich teilbar sei und beim Miteigentum eine solche körperliche Teilung nicht vorliege.[12] Die Richtigkeit des ersten Satzes, daß nämlich Teilung eines Körpers nur körperliche Teile ergebe, ist unbestreitbar. Dagegen ist der zweite Satz abzulehnen. Der Begriff der Teilung darf hier allerdings nicht so verengert werden, daß unter Teilung nur eine leicht durchführbare räumliche Trennung zu verstehen ist. Sonst könnte man nur von einer realen, überhaupt nicht von einer ideellen „Teilung“ sprechen.[13] Gegen die Anerkennung der Sachbruchteile als körperlicher Teile kann also nicht vorgebracht werden, die Sachbruchteile seien keine Teile, sondern nur, sie seien keine körperlichen Teile.

Vielleicht hat man dabei die Vorstellung, daß, wenn die Teilung ideell sei, auch das Produkt der Teilung („der ideelle Teil“) ideell (= unkörperlich) sein müsse.[14] Aber nur die Teilung ist eine gedachte; der Sachbruchteil selbst ist eine bestimmte körperliche Größe und von derselben Beschaffenheit wie die Sache selbst, also „unbeweglich“, wenn er der Teil eines Grundstückes ist.[15] Es ist daher auch nicht einzusehen, warum ein Sachbruch-

10. Sokolowski S. 417.

11. ebenso wenig die von Gierke, vgl. S. 47, A. 39: „. . . . auch die körperliche Sache ist nur ein Inbegriff von Beziehungen, dessen Zerlegung in ideelle Teile unkörperliche Sachen ergibt. Vgl. hierzu auch Sokolowski, S. 408 ff.“

12. Doßmann, S. 36; vgl. zum Folgenden auch Saenger, S. 40 u. S. 79.

13. vgl. Wächter, S. 163.

14. vgl. Leo, Gruch. 54, S. 258.

15. Unrichtig Güthe zu § 3, 21: „Da unter einem Grundstück nur die

teil, z. B. ein Bruchteil einer Kugel von so und soviel Kubikmetern, nicht geeignet sein sollte, Objekt von Rechten zu sein.

Es wird ferner der Einwand gemacht, daß die Teilung der Sache als Teilung der kleinsten Raumteile in der Vorstellung zu großen Schwierigkeiten führe und man so die sachenrechtliche Basis verliere.[16] Dieser wenig schwerwiegende Einwand wird am einfachsten durch ein praktisches Beispiel zurückgewiesen. Man nehme den Fall an, daß A. und B. Miteigentümer eines Grundstücks zu gleichen Teilen sind und es untereinander aufteilen wollen. Dann zerlegen sie das Grundstück in zwei gleich große Flächen, die ihnen wieder je zur Hälfte zustehen. Darauf überträgt A. an B. seinen Anteil an dem einen Teilgrundstück und B. an A. seinen Anteil an dem andern Teilgrundstück. Das geschieht durch Auflassung, und man kann diesen Vorgang auf doppelte Weise erklären: Entweder läßt jeder Miteigentümer das ganze Teilgrundstück auf, soweit es ihm gehört, nämlich zur Hälfte; oder er läßt sämtliche, ihm gehörigen Bruchteile von allen Raumteilen des Teilgrundstücks als einheitlichen Grundstücksbruchteil auf.[17] Etwag schwierig sind beide Erklärungen; eher verdient aber die zweite Erklärung den Vorzug. —

Bodenfläche zu verstehen ist, so gehören Bruchteile eines Grundstücks nicht zu den Grundstücken." (Das würde stimmen, wenn der Grundstücksbruchteil mit dem Anteilsrecht zu identifizieren wäre). Wird späterhin noch die Selbständigkeit des Grundstücksbruchteils dargetan, so muß auch die Anlegung eines besonderen Grundbuchblattes möglich sein, wie die bayrische Praxis gegen die herrschende Meinung mit Recht annimmt. (Dagegen fast die gesamte Literatur, s. z. B. Planck, Vorbem. vor § 873, I, 3 s. aber neuerdings Staudinger, Nachtrag zu Nr. 690: Die Anlegung eines besonderen Grundbuchblattes sei eine Zweckmäßigkeitsfrage.)

16. Doßmann, S. 36.

17. Komplizierter ist das Beispiel von Schultz auf S. 5: „Angenommen die an dem ursprünglichen Grundstück erstmals unterschiedenen Teilflächen a, b, c, d und e sollten nun so unter die fünf Beteiligten aufgeteilt werden, daß nicht A, ganz a, nicht B ganz b, nicht C. ganz c etc. erhält, sondern so, daß erhalten würden: $A = {}^1/_5\ a + {}^1/_5\ b + {}^1/_5\ c + {}^1/_5\ d + {}^1/_5\ e$, und daß B, C, D und E je genau dasselbe erhalten würden, was A erhalten hat, wie würde sich die Tauschtheorie zu dieser Auseinandersetzung stellen? Ihre Vertreter könnten nicht bestreiten, daß auch bei dieser Vorstellung jeder Teilhaber eine Gesamtfläche von ${}^1/_5$ des ganzen ursprünglichen Grundstücks erhalten würde, aber ohne daß eine Möglichkeit gegeben wäre, dieser Auseinandersetzung noch Tauschverträge der Beteiligten untereinander zu unterstellen!" — Doch! Denn von der dem A zuzuteilenden, räumlich sichtbar abgegrenzten Fläche „${}^1/_5\ a$" gehört A vor der Teilung nur ${}^1/_5$! Nach der

In der positiven Feststellung, daß die Sachbruchteile körperliche Teile der Sache sind, ist noch nicht der Satz eingeschlossen, daß an ihnen Sachenrechte bestehen können. Denn dingliche Rechte sind nur an den „Sachen" des § 90 BGB. (bezw. an nicht wesentlichen Bestandteilen einer Sache) möglich, d. h. an räumlich erkennbar abgegrenzten körperlichen Gegenständen. Demnach können dingliche Rechte nicht an Sachbruchteilen bestehen, es sei denn, daß der Sachbruchteil der Sache gleichgestellt wird. Eine solche Gleichstellung kann aber nur erfolgen, wenn dies nach dem Gesetz zulässig erscheint und außerdem, (da die Belastung des Sachbruchteils als solchen aus dem Gesetz nicht einwandfrei hervorgeht,[18]) die Notwendigkeit der Anerkennung des Sachbruchteils als Gegenstandes der dinglichen Rechte dargelegt wird.

Die Zulässigkeit der Gleichstellung gemäß dem Gesetzeswortlaut ist nach den früheren Erörterungen zu bejahen. Die Notwendigkeit der Gleichstellung ist aber nicht so einfach zu erweisen. Auf die Verkehrsanschauung kann man die Ansicht von der Selbständigkeit des Sachbruchteils schwerlich gründen. Es ist zwar ein Unterschied, ob das ganze Grundstück oder ein Teil desselben veräußert wird; die Hälfte (oder eine andere Quote) ist nicht so leicht loszuschlagen[19] und hat deshalb oft nicht genau den halben Wert des ganzen Grundstücks. Doch wird dabei weniger das halbe Grundstück, als der Eigentumsanteil so bewertet; denn der Ersteher berechnet nicht nur den Wert des ganzen Grundstücks und seiner Hälfte, sondern auch den Wert seiner Beteiligung (jeder Gemeinschafter hat den Anspruch auf Aufhebung usw.).

Die Verkehrsanschauung kann also zu einer strengen Auslegung des Gesetzes im Sinne der Annahme eines selbständigen Sachbruchteils nicht zwingen. Es muß daher versucht werden, auf anderem Wege einen Beweis dafür zu finden, daß der Sach-

---

Sachteilungstheorie müssen dem A die 4 Fünftel-Grundstücksbruchteile der übrigen Teilhaber einzeln aufgelassen werden. Bei Ablehnung der Sachteilungstheorie muß man sagen: Die übrigen Teilhaber müssen dem A die ganze Fläche „$^1/_5$ a" viermal zu je $^1/_5$ auflassen. (Auch bei der letzten Auflassung werden nicht nur die Mitberechtigungen übertragen, sondern mit ihnen auch das Grundstück jedesmal in Höhe der Anteile. Dies gegen Schultz, S. 6 unten.)

18. s. Saenger S. 78, Doßmann S. 34; a. A. Kipp bei Windscheid § 142, 10 a u. 11.

19. s. Nußbaum, Hypothekenwesen, S. 106.

bruchteil als besonderes Objekt der dinglichen Rechte anzuerkennen ist. Ein solcher Beweis (oder wenigstens der Versuch eines Beweises) findet sich bei Gierke zur Begründung der von ihm vertretenen Sachteilungstheorie. Zur Begründung seiner Konstruktion, nach der der Sachbruchteil ein selbständiger Gegenstand des Miteigentumsrechtes ist, führt er den Ausschluß der Anwachsung des Bruchteils bei seiner Dereliktion an; die Gegner, die behaupten, daß das Anteilsrecht die Sache in ihrer Totalität ergreife, müßten grundsätzlich zur Bejahung des ius accrescendi kommen.[20]

Die meisten Gegner der Sachteilungstheorie erklären in der Tat ihre Ablehnung der Anwachsungstheorie nicht aus ihrer Konstruktion heraus, sondern stützen sich einfach auf das Gesetz,[21] ohne zu prüfen, ob nicht grundsätzlich ihre Theorie die Annahme der Anwachsung erfordert. Das gilt von denen, die mit der überwiegenden Meinung das Recht des Miteigentümers für ein (nur im Umfange geringeres) Eigentumsrecht an der ganzen Sache halten; sie könnten den Ausschluß der Anwachsung aus ihrer Theorie schwerlich begründen. Der Einwand Gierkes versagt aber gegenüber den Gegnern der Sachteilungstheorie, die im Anteilsrecht nicht ein dem Eigentum völlig gleichartiges, sondern ein eigenartiges, beschränktes dingliches Recht an der ganzen Sache sehen; hier fehlt jeder Grund dafür, daß das Miteigentumsrecht als begrenztes Sachenrecht sich durch Anwachsung über seinen Umfang hinaus erweitern sollte, wie das der Fall sein müßte, wenn die Miteigentumsrechte nur sich gegenseitig beschränkende Eigentumsrechte wären.[22]

In den folgenden Teilen ist darzulegen, daß unter der Voraussetzung, daß bei bestehendem Miteigentum die Sache selbst ungeteilt ist, die zuletzt genannte Theorie den Vorzug vor den übrigen Ansichten über das Wesen des Miteigentums verdient; das Argument Gierkes erweist sich daher als ungeeignet, die Selbständigkeit des Sachbruchteils zu begründen. Erst zum Schluß

20. Gierke S. 47 Anm. 39; s. auch ten Hompel S. 56.

21. Erstens: Die Anwachsung sei etwas Außergewöhnliches und müßte deshalb im Gesetz zum Ausdruck gekommen sein. Zweitens: Im Gesetze sei die Frage nicht eindeutig entschieden, aber gewisse Vorschriften (§§ 928, 2; 923; 757 etc.) sprächen gegen die Anwachsungstheorie. Vgl. Doßmann S. 63—65, Kattausch S. 22.

22. s. Kattausch S. 5. Kattausch erklärt den Ausschluß der Anwachsung aus dem Mangel der Elastizität und der fehlenden Ausschließlichkeit des Miteigentumsanteils.

der Untersuchung über die Miteigentumstheorien wird sich die Unrichtigkeit der Meinung herausstellen, daß die Sache selbst ungeteilt sei.

V. Kritik der einzelnen Miteigentumstheorien und Beweis für die Richtigkeit der Sachteilungstheorie.

1. Die Gesamthandstheorie von Saenger.

Unter den neueren Theorien am abwegigsten erscheint die von Saenger, der das Miteigentum nach Bruchteilen der Gemeinschaft zur gesamten Hand unterstellt. Saenger stützt seine Theorie darauf, daß beim Miteigentum nichts geteilt sei, weder die Sache noch das Eigentum. Das Eigentum könne nur durch reale Teilung der Sache in mehrere Rechte zerfallen, oder es müßte bewiesen werden, daß die im Eigentum enthaltenen Einzelbefugnisse sämtlich teilbar seien. Da er selbst die Unteilbarkeit des Eigentums bewiesen zu haben glaubt (S. 85 — 98), bleibt für ihn nur die Annahme übrig, daß das Eigentum an der Sache den Teilhabern in ihrer Gesamtheit ungeteilt zustehe. Das Anteilsrecht ist daher seiner Ansicht nach ein Mitgliedschaftsrecht (S. 104 ff. S. 109).[1]

Gegen Saenger ist hier zu beweisen, daß das Recht des

1. Auf dasselbe kommt die Theorie von ten Hompel und Grimm heraus. Nach ihr ist die Gemeinschaft als solche Trägerin von Rechten, ohne eine juristische Person oder eine Art der Gemeinschaft zur gesamten Hand zu sein. Es läßt sich aber nach dieser Theorie kein grundsätzlicher Unterschied mehr zwischen der Bruchteilsgemeinschaft und der Gesamthand erkennen. (Nach den Ausführungen Grimms auf S. 39 müßte die Miterbengemeinschaft eine Gemeinschaft nach Bruchteilen sein.) Grimm charakterisiert deutlich den Anteil als Mitgliedschaftsrecht (S. 30). Wenn ten Hompel scheinbar abweichend den Anteil als einheitliches Recht sui generis bezeichnet, andererseits aber seinen Inhalt durch ein „Mitwollen-Können" bestimmt, das die Mitverwaltung, Mitverfügung usw. einschließt (S. 55), so meint er im Grunde genommen genau dasselbe wie Grimm, der seine Ansichten in weitgehender Weise übernommen hat. (Vgl. auch Engländer S. 58/59 Anm. 119 u. 121). — Beide Verfasser haben es unterlassen, die Vereinbarkeit ihrer Theorie mit § 747 Satz 1 genügend zu prüfen. Vgl. die Bemerkung bei ten Hompel S. 41, Anm. 2 und folgende Sätze bei Grimm S. 33: „Der Anteil wird hinsichtlich seiner Verkehrsfähigkeit vom Gesetz wie eine Sache behandelt . . . Rechtlich (!) wird sich also eine Veräußerung des Anteils darstellen als Veräußerung einer Eigentumsquote bei Geteiltheit (!) des Eigentumsrechtes. Nach unserer Auffassung ist sie weder Verfügung über ein Eigentumsrecht noch über eine Sachquote, sondern über die Mitgliedschaft".

Miteigentümers ein Recht an der Sache ist, wobei die Frage nach seiner Selbständigkeit und seinem Verhältnis zum Eigentum noch zurückgestellt wird. Der Beweis ergibt sich aus dem Gesetze selbst, das Saenger für seine Anschauung zu Unrecht in Anspruch nimmt. Er beruft sich vor allem auf § 747 Satz 2, in dem der Gesetzgeber einen deutlichen Unterschied zwischen dem Recht an der gemeinschaftlichen Sache und der Summe der Anteilsrechte mache. „Wäre wirklich, wie allgemein gelehrt wird das Recht an der gemeinsamen Sache identisch mit den zusammengerechneten Anteilen, so wäre es nicht nur überflüssig, sondern einfach unsinnig, wenn der Gesetzgeber sagen wollte: Da jeder Teilhaber über seinen Anteil verfügen kann, dürfen über alle Anteile eben auch nur alle Teilhaber verfügen. . . Also muß doch wohl das Recht an der „ganzen Sache" kein plus, sondern ein aliud im Vergleich zum Anteilsrechte sein." (S. 76). Diesen Schluß zu ziehen, ist keineswegs erlaubt. § 747, 2 bekommt sofort einen Sinn dadurch, daß er bei der Verfügung über den gemeinschaftlichen Gegenstand jeden Zweifel über Majoritätsbeschlüsse ausschließen will; denn die Regelung über die Verfügung steht hinter den Vorschriften über die Verwaltung, wo Mehrheitsbeschlüsse ausdrücklich für zulässig erklärt werden.

Unterstützend für die Anschauung von Saenger fällt auch der § 1009 nicht ins Gewicht. „Wenn hier die gemeinsame Sache im Falle der Belastung zugunsten eines Miteigentümers wie eine diesem völlig fremde betrachtet wird, so darf man den Miteigentümer nicht in einem solchen Nexus zur Sache sich vorstellen, als gehöre sie ihm, wenn auch unter Einschränkung seiner Eigentümerbefugnisse. Niemand kann zugleich Eigentümer und Nichteigentümer sein." Saenger vergißt dabei, daß nach BGB. wenigstens das Bestehen eines begrenzten dinglichen Rechtes des Eigentümers an seiner eigenen Sache grundsätzlich nicht unzulässig ist. Die Frage der Begründung eines solchen Rechtes ist damit allein (insbes. durch den Hinweis auf § 1196) zwar noch nicht zweifelsfrei entschieden, wird aber durch den § 1009 für den vorliegenden Fall im bejahenden Sinne gelöst.[2] Für den Miteigentümer braucht also wegen der Belastung seines Bruchteils nach § 1009 die Sache keine fremde zu sein.[3]

2. Planck § 1009, 1.

3. Wolff spricht im Anschluß an Gierke im Falle des § 1009 von einer „Annäherung an die gesamte Hand", § 88, I, Anm. 3. Diese Konstruktion ist keineswegs nötig. (Genaueres siehe weiter unten S. 78 Anm. 15.

Kann sich demnach Saenger auf die §§ 747 und 1009 nicht zugunsten seiner Anschauung berufen, so spricht das Gesetz sogar gegen seine Anschauung; denn das Miteigentumsrecht wird in bezug auf Verfügungen wie das Eigentum selbst behandelt, also muß es doch mindestens ein Recht an der Sache sein. Im Gegensatz dazu wird der Anteil eines Gesamthandmiteigentümers nicht wie Eigentum erworben und verloren; der Anteil an einem Grundstück (sofern man überhaupt von einem Anteil an der Sache hier sprechen kann) braucht nicht aufgelassen zu werden; dagegen finden auf das Miteigentum nach Bruchteilen die alles dies anordnenden §§ 925 ff., 929 ff. unbestrittten Anwendung.[4] Das letztere folgt aus § 1008: nicht weil nach dem Wortlaut des § 1008 das Anteilsrecht unbedingt Eigentum sein muß,[5] sondern weil die Bestimmung so auszulegen ist, daß die Vorschriften, die sich auf die Verfügung über das Eigentum beziehen, auf die Anteilsrechte der Miteigentümer anzuwenden sind. Selbst wenn zugegeben wird, daß der bloße Wortlaut des § 1008 zu Zweifeln Anlaß geben kann, so ist doch der Sinn des § 1008 ganz offenkundig; sonst wäre die Vorschrift des § 948 E. I. nicht als überflüssig gestrichen worden. (§ 948 E. I. lautet: „Die Uebertragung und die Belastung des Anteils eines Miteigentümers bestimmen sich nach den für die Uebertragung des Eigentums an der gemeinschaftlichen Sache und für deren Belastung geltenden Vorschriften".)

Saenger bringt eine abweichende Ansicht nicht deutlich zum Ausdruck. Er gibt aber auf S. 96 ein Beispiel, aus dem einiges zu ersehen ist: Der Eigentümer will seine Sache andern zum Eigentum übertragen, aber so, daß er selbst noch beteiligt bleibt. Zu diesem Zwecke muß er nach Saenger wie der Gesellschafter, der eine Sache in das Vermögen der Gesellschaft einbringen will, das ganze Eigentum („und zwar schlechthin, nicht etwa bloß zum Teil") auf die Gemeinschaft der Miteigentümer übertragen. Das heißt doch offenbar, daß Saenger die §§ 925 ff., 929 ff. auf die Anteilsrechte nicht zur Anwendung bringen will! Das scheinen auch die Ausführungen auf S. 121 zu bestätigen, wo die Frage, ob es der Auflassung bedarf, wenn Miteigentümer eines Grund-

4. s. z. B. Wolff § 88, I, 5; Planck Vorbem. vor § 1008, 3, e.

5. So eine verbreitete Meinung, s. Goldmann-Lilienthal § 54 Anm. 4 (S. 376). Die Anwendung von Eigentumsregeln macht aber das Anteilsrecht nicht ohne weiteres zum Eigentum, s. dazu die weiter unten besprochene Theorie von Kattausch.

stückes unter sich ein Gesellschaftsverhältnis begründen, verneint wird: „Darin liegt keineswegs eine Uebertragung von Eigentum, denn das Recht des Miteigentümers ist ja, wie wir zu beweisen versucht haben, nicht Eigentum, sondern lediglich Mitgliedschaftsrecht.“ „Diese Veränderung in den Mitgliedschaftsverhältnissen der Teilhaber ist keine Eigentumsübertragung“ usw.

Trotz dieser Beispiele ist es keineswegs sicher, ob nicht Saenger doch im allgemeinen die §§ 925 ff., 929 ff. zur Anwendung bringen will; dies scheint sogar daraus hervorzugehen, daß er die das gemeinsame Recht betreffenden Normen auf den Anteil übertragen wissen will, soweit „ihre analoge Anwendung möglich und geboten ist“ (S. 110 — aber mit welcher Begründung?) und die Nichtanwendbarkeit der §§ 927, 928 ausführlich begründet. Nach seiner Theorie müßte nämlich bei Dereliktion eines Anteils Anwachsung eintreten.[6] Um dieses Ergebnis zu vermeiden, sieht er sich gezwungen, der Verzichtserklärung eines einzelnen Miteigentümers jede rechtliche Bedeutung abzusprechen! (S. 116).

Daß die Theorie Saengers mit dem Gesetze keineswegs in Einklang steht, ist am sichersten zu erkennen, wo er eindeutig Stellung nimmt, wie beim Problem der Bruchteilsbelastung. Er kommt da in Konflikt mit den §§ 1095, 1106, 1114 und muß diese Paragraphen deshalb zu „positiven Sonder- (besser Ausnahme-)bestimmungen“ stempeln, durch die das Miteigentumsrecht dem Eigentum gleichgestellt werde. Das Anteilsrecht sei deshalb noch nicht Eigentum, ebenso wenig wie das Erbbaurecht, das vom Gesetz auch schlechthin wie Eigentum behandelt werde. (S. 109).

Die Ausführungen Saengers über die Ausnahmestellung der genannten Paragraphen sind unhaltbar. Mag man auch die Ansicht hinnehmen, daß das Erbbaurecht vom Gesetz wie ein Eigentumsrecht behandelt werde — denn es wird eigentlich dem Grundstück selbst gleichgestellt[7] — so ist die Gleichstellung eines Rechtes mit dem Eigentum doch überhaupt nur denkbar, wenn dieses Recht selbst ein dingliches Recht ist. Wie aber ein Mitgliedschaftsrecht, eine Beziehung unter Personen, als Recht an

6. So ten Hompel S. 55 ff. und Grimm S. 35 ff. (in Konsequenz ihrer Theorie) gegen die herrschende Meinung.

7. Ueber Hypotheken am Erbbaurecht s. Wolff § 104, IV. Es ist aber bestritten, ob das Erbbaurecht oder sein Gegenstand dem Grundstück gleichgestellt wird, s. Goldschmidt S. 44 f.

der Sache behandelt werden soll, ist ein Rätsel, das Saenger nicht gelöst hat.

Im übrigen ist nicht einzusehen, warum die §§ 1095, 1106, 1114 nur Ausnahmebestimmungen für das (nach Saenger gesamthänderische) Miteigentum nach Bruchteilen sein sollen und nicht auch für jede andere Eigentumsgemeinschaft zur gesamten Hand, z. B. für eine Gesellschaft gelten sollen. Denn grundsätzlich bestehen nach Saenger keine Unterschiede zwischen den beiden Arten der Gemeinschaft, „und es ist deshalb eigentlich ganz selbstverständlich, daß sie auch in den meisten Einzelfragen nicht voneinander abweichend beurteilt werden müssen". (S. 117) Gerade für die Frage der Immobiliarbelastung sind die damit übereinstimmenden Sätze auf S. 110 bedeutungsvoll: „Ist der gemeinschaftliche Gegenstand ein Immobiliarsachenrecht . . . ., so haben die besonderen Normen, die den rechtsgeschäftlichen Verkehr mit diesen Rechten durch Formvorschriften erschweren, auch auf den Anteil sinngemäße Anwendung zu finden. Hierin liegt jedoch nichts Besonderes, denn das Gleiche gilt auch für jede andere Rechtsform mitgliedschaftlicher Beteiligung." (?) Es scheint danach beinahe, als ob Saenger die genannten Vorschriften auf sämtliche Gesamthandgemeinschaften zur Anwendung bringen wollte. Das wäre jedenfalls konsequent gedacht, aber er würde damit zugleich selbst eine bequeme Handhabe gegen seine Theorie bieten; denn man hat bis jetzt immer unterschieden, ob der Anteil eines Gesamthänders (z. B. eines Miterben) verpfändet oder das der Gesamthand gehörige Grundstück mit einer Hypothek belastet wird. Nach Saenger könnte dieser Unterschied nicht mehr aufrecht erhalten werden; der Anteil des gesamthänderischen Miteigentümers, ein Mitgliedschaftsrecht,[8] müßte Gegenstand einer Hypothek, eines Vorkaufsrechtes, einer Reallast sein können.[9] —

---

8. bezw. nicht das Recht selbst, sondern sein Objekt: die personenrechtlichen Beziehungen!

9. Eine derartige Belastung eines gesamthänderischen Anteils erscheint nicht nur ganz verkehrt, wenn man mit Saenger entsprechend der überwiegenden Meinung (v. Tuhr I, S. 352, 359) annimmt, daß an den einzelnen Gegenständen der Gesamthand keine Anteilsrechte bestehen, sondern auch dann, wenn das Anteilsrecht des Gesamthänders als ein gegenständliches, d. h. ein die gemeinschaftliche Sache direkt ergreifendes Recht aufgefaßt wird (s. Engländer). Denn selbst bei der zweiten Auffassung haben die Anteile an den einzelnen Gegenständen keine praktische Bedeutung; ihre Unverfügbarkeit (an den einzelnen Gegenständen) ist nichts

2. Die Ungeteiltheitstheorien.

Aus dem Vorstehenden erhellt zur Genüge, daß das Miteigentumsrecht nach Bruchteilen kein Mitgliedschaftsrecht, keine bloße Rechtsbeziehung zwischen Gemeinschaftern untereinander, sondern notwendigerweise ein Recht an der Sache ist. Als solches kann es seinem Inhalt nach sehr verschieden aufgefaßt werden. Es kann sich als Eigentum an der ganzen Sache oder als ein geringeres, dem Eigentum gleichartiges oder ungleichartiges Recht an der ganzen Sache oder schließlich als Recht am Sachbruchteil darstellen.

Die Lehre, daß jeder Miteigentümer volles Eigentum an der ganzen Sache hat, wurde vielfach für das römische Recht vertreten, wenn man die Idee einer Teilung des Rechts ohne reale Teilung der Sache verwarf. Nicht nach allen Ungeteiltheitstheorien ist der Anteil aber als Eigentum aufzufassen. Man kann unter ihnen zwei Gruppen unterscheiden.

1. Das Eigentum steht einem Rechtssubjekt zu: der Gemeinschaft als einer juristischen Person[10] oder als einer Kollektivperson.[11] Im letzteren Falle ist die Bruchteilsgemeinschaft eine Art von Gesamthandgemeinschaft.[12] In beiden Fällen ist der einzelne Miteigentümer nicht selbst an der Sache berechtigt; sein Anteil ist kein Eigentum, sondern ein Mitgliedschaftsrecht. Die Ungeteiltheitslehre in dieser Ausprägung ist eben schon erledigt worden.

2. An dieser Stelle interessiert nur die Lehre, nach der jeder Teilhaber Eigentum an der ganzen Sache hat. Hier sind zwei Richtungen zu unterscheiden, die freilich beide heute

---

Zufälliges (s. Engländer S. 195 A. 362). Der Auffassung, daß das Miteigentum eine Art der Gemeinschaft zur gesamten Hand sei, steht also immer die Anwendung der §§ 925, 929 ff. und der §§ 1095, 1106, 1114 entgegen. Doch ist auf diese Frage, die noch eine Untersuchung der Gesamthandsgemeinschaften erfordert, hier nicht näher einzugehen, wo es sich nur um den Nachweis handelt, daß das Miteigentümerrecht kein Mitgliedsrecht ist. — Gegen Saenger s. noch Engländer S. 151. A. 276. — Ueber die rechtliche Unmöglichkeit der Belastung von Miterbenanteilen mit Hypotheken s. RG. 88, S. 21.

10. so eine längst veraltete Theorie, s. Doßmann S. 13 ff.

11. Saenger, ten Hompel, Grimm. Vorausgesetzt ist dabei, daß mehreren Personen in ihrer Gesamtheit, ohne daß sie eine juristische Person bilden, ein Recht zustehen kann.

12. s. oben gegen ten Hompel u. Grimm und ferner Enneccerus § 403, I, 2 gegen die Theorie von Windscheid.

nur noch eine sehr geringe Bedeutung haben.[13] Nach der ersten, der sich für das BGB. Cosack anschließt,[14] steht jedem Miteigentümer das ganze Eigentum an der ganzen Sache ungeteilt zu, „freilich jedem nur zusammen mit dem andern."[15] Diese Theorie ist abzulehnen, weil es nicht vorstellbar ist, „daß das eine und identische Recht... gleichzeitig (als Ganzes) ein subjektives Recht des einen und ein subjektives Recht des andern sein kann."[16] — Nach der zweiten Richtung sind die Miteigentumsrechte kollidierende volle Eigentumsrechte. Mehrere gegenseitig sich ausschließende Eigentumsrechte können aber nach sachenrechtlichen Grundsätzen an einer Sache nicht konkurrieren. Sie würden auch zusammengenommen einen größeren Rechtsinhalt haben als das einem allein zustehende Eigentum an der Sache.[17] Die Lehre von der Kollision der Eigentumsrechte ist also ebenso wenig annehmbar. —

3. Die ältere und die neuere Rechtsteilungstheorie, insbesondere die von v. Tuhr und Kattausch.

Die meisten nehmen eine Rechtsteilung an; sie halten dabei an der eigentumsartigen Natur des Anteilsrechtes und der Ungeteiltheit der Sache fest. Nach dieser Ansicht ist das Eigentum derart geteilt, daß jeder Teilhaber ein dem Eigentum gleichartiges, d. h. ein qualitativ gleiches, nur quantitativ geringeres Recht an der Sache hat.[18]

13. vgl. Kattausch S. 3, der „die alte Idee eines ungeteilten solidarischen Eigentums . . ." für endgültig erledigt hält.

14. 6. Aufl. 1913 S. 465 § 285; nicht so deutlich in d. 7./8. Aufl. 1924 S. 62 § 25 II, 2, b.

15. Cosack S. 465 der 6. Auflage.

16. Engländer S. 40 Anm. 77.

17. Vgl. Engländer daselbst und S. 155 Anm. 282, wo als Vertreter der zweiten Richtung auch Kohler und Walsmann genannt werden. — Die Lehre, daß jeder Teilhaber volles Eigentum habe, und erst recht die eng zu ihr gehörige Wertteilungstheorie, bei der der Wert der Sache, der „nichts außerhalb der Sache Bestehendes, nichts Selbständiges ist" (Enneccerus § 403 Anm. 4), als geteilt gedacht wird, erfahren in neuerer Zeit fast einmütige Ablehnung. s. Doßmann S. 19 ff. und die dort zitierten Vertreter der Rechtsteilungstheorie, vgl. auch Saenger S. 10 a, S. 32 ff., ten Hompel S. 26 ff. Grimm S. 18.

18. Die Theorie ist heute herrschend, siehe Engländer S. 275. Sie konnte schon im gemeinen Recht als herrschend gelten, siehe Saenger S. 42, Doßmann S. 43. Die Vertreter der Theorie werden bei Doßmann S. 43 ff. und Saenger S. 74 Anm. 5 zitiert. Zu nennen sind hier vor allem Planck, Vorbem. vor § 1008, 3; Staudinger § 1008, I. RG. in J. W. 1910 S. 473; K. v. RGR. § 1008, 2.

Diese ältere, noch herrschende Lehre wird indessen mit Recht von einer neueren Richtung bekämpft.[19] Dossmann, v. Tuhr und Kattausch, die in Uebereinstimmung mit der herrschenden Lehre eine Teilung der Sache ablehnen, sehen das Anteilsrecht nicht als Eigentum, sondern als ein besonders geartetes dingliches Recht an der Sache an. Ein Umstand allein ist es, der für die Richtigkeit der neueren gegenüber der älteren Rechtsteilungstheorie ausschlaggebend ist: Dem Anteilsrecht fehlt die Ausschließlichkeit eines Eigentumsrechtes (vorausgesetzt eben, daß der Anteil sich auf die ganze, ungeteilte Sache bezieht.) „Inhaltlich unterscheidet sich das Anteilsrecht dadurch von dem Alleineigentum, daß es für das Bestehen gleichartiger Rechte anderer an derselben Sache Raum läßt."[20] Dies ist auch der Grund, aus dem v. Tuhr (S. 83.) die Qualifizierung des Miteigentumsrechtes als eines Eigentums bestreitet. Wenn er die ungenaue Bemerkung hinzufügt, daß das Anteilsrecht doch eine dem Eigentum inhaltlich gleichartige Herrschaft über die Sache verleihe, so kann es nach den vorausgegangenen Sätzen doch nur ein dem Eigentum ähnliches Recht sein, worauf Engländer besonders hinweist.[21]

In der gleichen Weise stellt Dossmann die Auffassung als falsch hin, die im Anteilsrecht nur ein Eigentumsrecht sieht, kommt aber selbst zu einer uneinheitlichen Definition, der zufolge das Anteilsrecht eine eigenartige Mischung „aus dinglichen Teilbefugnissen und aus dem im Wesentlichen obligatorischen Rechte auf Mitwirkung bei der Ausübung aller unteilbaren, den Miteigentümern gemeinschaftlich verbleibenden Befugnisse" sein soll (S. 104/105). Kattausch, der im übrigen auf Dossmann Bezug nimmt, weist dessen eigene Theorie wegen ihrer Unklarheit zurück (S. 4.) Er selbst kommt im Anschluß an v. Tuhr zu einem ähnlichen Ergebnis wie dieser, nur daß er die Begrenztheit des Rechtes des Miteigentümers noch schärfer betont. Er charakterisiert das Anteilsrecht als besonders geartetes Recht an eigentumsfreier Sache, so daß es eher verschieden vom Eigentum als ihm ähnlich zu sein scheint.[22] Auch geht er mit

19. s. Engländer S. 273. — Wie mangelhaft die werrschende Lehre begründet ist, zeigt Doßmann S. 45.

20. Kattausch S. 6.

21. S. 279 Anm. 515.

22. s. Engländer S. 279, Anm. 516. — Wenn nach K. auch kein einheitliches Eigentum an d. Sache besteht, so kann sie doch nicht okkupiert werden; denn die Anteilsrechte zusammen vertreten das ganze Eigentum.

der Ansicht über v. Tuhr hinaus, daß es der Elastizität entbehre.

Die letzte Behauptung läßt sich aber nicht aufrecht erhalten.[23] Denn das Miteigentumsrecht ist wie alle dinglichen Rechte den beschränkenden Rechten (Hypotheken usw.) gegenüber elastisch; darüber hinaus freilich, nämlich gegenüber den konkurrierenden Miteigentumsrechten, hat es nicht mehr die Möglichkeit, sich auszudehnen, weil sonst Anwachsung eines herrenlosen Anteils die Folge sein müßte. Aber das Fehlen dieser Möglichkeit ist kein Mangel an Elastizität, sondern ein Mangel der ausschließlichen Beherrschung der Sache. — Kattauschs Behauptung kann sogar mit seinen eigenen Worten widerlegt werden. Ueber die Elastizität des Eigentums sagt er ganz richtig: „Fallen beschränkende Rechte fort, so dehnt es sich auf seinen größtmöglichen Bestand aus" — und über das Anteilsrecht: „Bei dem Miteigentümeranteil ist das nicht der Fall. Wird nämlich ein Anteil derelinquiert, so ist die Folge Herrenlosigkeit des Anteils" (S. 5). Diese Begründung für den Mangel der Elastizität des Anteilsrechtes wäre nach Kattauschs eigener Definition der Elastizität beim Eigentum nur dann richtig, wenn der durch die Dereliktion fortfallende Anteil ein beschränkendes Recht wäre. Aber an eine Beschränkung ist hier nicht zu denken, denn „wären sie (die Anteile) sich gegenseitig beschränkendes Eigentum, so müßte Anwachsung statt Herrenlosigkeit die Folge der Derelektion sein." (S. 5).

Wenn die letztgenannten Theorien gegenüber der herrschenden Lehre darin recht haben, daß sie eine völlige Gleichartigkeit des Miteigentümeranteils mit dem Eigentum nicht anerkennen, so fragt es sich doch, ob sie selbst imstande sind, den Anteil als einheitliches Sachenrecht zu erklären und darzutun, daß jedem Miteigentümer unabhängig von den andern Teilhabern in bezug auf die Sache dieselben Befugnisse zustehen wie dem Alleineigentümer, wenn auch im verringerten Umfange und vielleicht in einer gewissen qualitativen Verschiedenheit. Es muß also bewiesen werden, daß das Eigentum an der Sache unter die Miteigentümer so vollkommen aufgeteilt ist, daß keine einzige, den Gemeinschaftern bloß in ihrer Gesamtheit zustehende Befugnis übrig bleibt, sondern nur noch einzelne separate Teilbefugnisse für jeden Miteigentümer in bezug auf die ganze Sache (nicht nur Mitberechtigungen) vorhanden sind. Die Teilbarkeit (= Zerlegbarkeit)

23. vgl. Doßmann, S. 98.

sämtlicher im Eigentum enthaltenen Befugnisse ist die Voraussetzung für die Durchführbarkeit der Theorie von Kattausch — v. Tuhr.[24] Ist die Teilbarkeit auch nur bei einer einzigen Befugnis nicht nachzuweisen, so scheitert die Theorie; die Gemeinschaft nach Bruchteilen ist dann ein uneinheitliches Rechtsgebilde, das zwischen Rechtsgeteiltheit und Berechtigung zur gesamten Hand steht.[25] Indessen muß anerkannt werden, daß es Kattausch gelungen ist, sämtliche Befugnisse als teilbar zu erweisen, und es bietet sich im folgenden nur die Aufgabe, die Stellung seiner Theorie zu befestigen.[26] —

Eine der wichtigsten Befugnisse des Eigentümers ist das Recht, seine Sache zu veräußern. Es ist bestritten, ob diese Befugnis teilbar ist, so daß jeder Miteigentümer eine selbständige Teilveräußerungsbefugnis hat. Zum Beweise der Teilbarkeit würde es genügen, die aus § 1008 folgende Notwendigkeit der Anwendung der §§ 925 ff., 929 ff. für die einzelnen Anteilsrechte anzuführen. Doch soll hier das Problem auf breiterer Basis erörtert werden; die Teilbarkeit der Veräußerungsbefugnis ist auch ohne Heranziehung des § 1008 zu beweisen.

Ausgehend davon, daß die Veräußerung der Sache nicht eine Verfügung über die Sache, sondern über das Eigentum ist,[27] meint Kattausch (S. 12): Wie der Alleineigentümer über das volle Eigentum, so könne auch der Miteigentümer über seinen Anteil verfügen. Auch Dossmann (S. 57) zieht allein aus der Tatsache der freien Verfügbarkeit des Anteils (§ 747, 1) den Schluß, daß die Uebereignungsbefugnis geteilt sei. (Desgleichen Hirsch, Diss. S. 67.)

---

24. Es muß hier vermerkt werden, daß von manchen prinzipielle Bedenken vorgebracht werden: ob nämlich Abstracta, besonders also Rechte, wirklich teilbar sind, und ob man ohne weiteres davon ausgehen darf, daß die Rechte aus einer Mehrheit von Einzelbefugnissen zusammengesetzt sind. (So Heinsheimer, Krit. V. J. Schr. Bd. 49 S. 468/69, mit Verweisung auf Regelsberger gegen die Auffassung des Eigentums als eines „Bündels von Einzelbefugnissen".) Diese und ähnliche Bedenken sind nicht genügend begründet, vgl. weiter unten S. 67 bei Anm. 65 und Doßmann S. 50 ff.

25. So Enneccerus § 403 Anm. 2.

26. Vor allem gegenüber den Ausführungen Saengers, der sich direkt mit den Theorien von Kattausch u. v. Tuhr nicht auseinandergesetzt hat; v. Tuhr wird nirgends zitiert, obwohl das Buch von Saenger 2—3 Jahre später erschienen ist. (Genaueres über Saenger bei Engländer S. 151 Anm. 276.)

27. v. Tuhr II, S. 242.

In Wirklichkeit ist das kein vollständiger Beweis. Denn daß ein Berechtigter über sein Recht verfügen kann, ist ein allgemeiner Satz, den man nicht wieder aus einem übergeordneten Recht, etwa dem Eigentum, abzuleiten braucht; man müßte sonst von einem Eigentum an Forderungen, auch von einem Eigentum am Eigentum sprechen.[28] Eine Besonderheit würde im Gegenteil darin zu finden sein, daß der Inhaber eines Rechtes über sein Recht nicht frei verfügen kann, wie dies z. B. ausdrücklich in § 719 angeordnet ist. Selbst bei gesamthandrechtlichen Gemeinschaften ist die Nichtverfügbarkeit des Anteils keine absolute Regel.[29] Der Miterbe kann nach § 2033 seinen Anteil am Nachlaß übertragen wie der Miteigentümer sein Anteilsrecht nach § 747. Aber der Gesamthänder verändert dadurch nur seine Stellung zu den andern Gemeinschaftern, nicht die dingliche Rechtslage. Mit dem Hinweis auf § 747, 1 allein ist also die Teilbarkeit der Uebereignungsbefugnis nicht bewiesen. Man weiß noch nicht, ob in der Uebertragung des Anteils des Miteigentümers auch eine Veräußerung der Sache (ein partieller Eigentumswechsel) liegt; ob nicht vielmehr zur Uebertragung eines Anteilsrechtes an einem Grundstück eine Auflassung ebensowenig erforderlich ist wie bei der Veräußerung eines Miterbenanteils an einem Nachlaß, zu dem auch ein Grundstück gehört. Saenger (Seite 95) sagt mit Recht, daß die Verfügung über das Anteilsrecht ebenso wenig darauf schließen lasse, welche Rechte der Miteigentümer in bezug auf die gemeinsame Sache ausübt, als etwa aus der Tatsache der Uebertragbarkeit des Pfandrechts gefolgert werden könne, welche Befugnisse der Pfandgläubiger am Pfandgegenstande auszuüben berechtigt ist.

Im Anschluß daran hält Saenger es für „selbstverständlich", daß die Befugnis zur Uebertragung des Eigentums ihrer Natur nach einer bloß partiellen Ausübung nicht fähig sei. „Für das geltende Recht beseitigt überdies § 747 jeden Zweifel. Denn hiernach ist dem Mitberechtigten nur gestattet, den gemeinsamen Gegenstand im Wege des Zusammenwirkens zu veräußern" (S. 96). Dieser Schluß, daß der einzelne Teilhaber nicht zur Veräußerung des gemeinsamen Gegenstandes berechtigt sei, steht aber im Widerspruch zu der Auffassung, nach welcher der Mit-

28. dagegen Wolff § 51 VII, 1.
29. vgl. Saenger S. 101.

eigentumsanteil kein Mitgliedschaftsrecht, sondern ein Recht an der Sache ist. Darf der Miteigentümer über seinen Anteil verfügen, so liegt darin zugleich die Erlaubnis, auf die dingliche Rechtslage einzuwirken. Durch die Uebertragung des Anteils wird der Nachfolger in eine direkte Beziehung zur Sache gesetzt. Daß sich der Vorgang der Uebertragung nach denselben Vorschriften richten muß wie beim Eigentum, daß es insbesondere der Auflassung bedarf, wenn der Anteil sich auf ein Grundstück bezieht, ist aus der Rechtslage bei der Uebertragung der sämtlichen Anteile zu erkennen; denn diese hat denselben rechtlichen Erfolg wie die Uebertragung des Alleineigentums. Die Vorschriften, die bei der Uebertragung des ganzen Eigentums anzuwenden sind, können nicht dadurch umgangen werden, daß der eine Uebertragungsakt in mehrere Teilakte auseinandergerissen wird.

Die Uebertragung des Eigentums oder aller Anteile ist eine ist eine volle Veräußerung, die Uebertragung eines einzelnen Anteils dementsprechend eine teilweise Veräußerung der ganzen Sache. Jeder Miteigentümer hat also eine selbständige Teilveräußerungsbefugnis,[30] wie aus § 747 Satz 1 in Verbindung mit der Anerkennung des Anteils als eines dinglichen Rechtes hervorgeht. — § 747 Satz 2 steht dem nicht entgegen; man ist keineswegs gezwungen, ihn so auszulegen, als ob nur die Miteigentümer zusammen (wie Gemeinschafter einer Gesamthand) als „Der Eigentümer" verfügen können; bloß die Wirkung der Verfügung aller Miteigentümer über ihre Anteile ist nach § 747, 2 dieselbe, als ob der Alleineigentümer über sein Recht verfügen würde. (Gewisse Rechte, die am Eigentum, aber nicht am Anteil bestellt werden können, sind daher an allen Anteilen zusammen möglich). Eine dogmatische Festlegung durch das Gesetz im Sinne der Annahme einer einheitlichen, allen zusammen zustehenden Veräußerungsbefugnis wäre gar nicht verständlich, weil es in der rechtlichen Wirkung auf dasselbe hinauskommt, ob die Teilhaber ihre Anteile einzeln nacheinander oder „gemeinschaftlich" an eine oder mehrere Personen übertragen; in der Hand eines einzelnen Erwerbers werden die Anteile in beiden Fällen Alleineigentum.[31] —

---

30. Wäre ein Eigentum an der Sache noch vorhanden, so könnte man auch sagen, daß jeder Teilhaber zur teilweisen Uebertragung des Eigentums berechtigt ist.

31. s. Kattausch S. 12; Müller S. 63 Anm. 6.

Aus § 747, 1, der allgemein von „Verfügung“ spricht, ist in gleicher Weise auch die Teilbarkeit der Belastungsbefugnis abzuleiten. Man machte hier früher vielfach den Fehler, die Belastungsbefugnis z. Teil als teilbar, z. Teil als unteilbar anzusehen, und zwar als unteilbar, soweit eine Belastung mit einer Grunddienstbarkeit oder mit einem Erbbaurecht in Betracht kam.[32] Gerade Saenger zeigt das Fehlerhafte dieser Auffassung: Die Frage nach der Rechtsnatur des Anteils kann nicht durch die Feststellung gelöst werden, „Gegenstand welcher Rechte der Anteil als solcher wiederum sein kann.“[33] — Die einmal nachgewiesene Teilbarkeit der Belastungsbefugnis gilt für sämtliche Rechte, die an Sachen bestellt werden können. Auch die Grunddienstbarkeit wird nicht anders als durch Verfügung jedes einzelnen über seinen Anteil, nicht durch Verfügung aller als „des Eigentümers“ über das (hinsichtlich der Belastung mit einer Grunddienstbarkeit) ungeteilte Eigentum begründet.[34] Allerdings kann eine Grunddienstbarkeit ihrer Natur nach nicht durch Verfügung über einen einzigen Anteil zu einem Bruchteil am Grundstück bestellt werden, sie kann aber durch Verfügung aller Gemeinschafter über ihre Anteile entstehen, denn die Summe der Anteile ist (ohne daß sie als einheitliches Recht zu gelten braucht) soviel wie das ganze Eigentum am Grundstück. —

Im folgenden ist die sehr bestrittene Teilbarkeit derjenigen Befugnisse darzutun, die dem Eigentümer eine tatsächliche Einwirkung auf die Sache gestatten.[35] Dazu gehören die Befugnisse zum Besitz und zur Verwaltung, wozu im weiteren Sinne auch Gebrauch, Zerstörung und Veränderung zu rechnen sind.[36]

Vorweg ist eine Frage zu erledigen: ob nämlich die tatsächliche Einwirkung auf die Sache, d. h. nicht die Befugnis dazu,

---

32. Hirsch Diss. S. 63; Doßmann S. 68.

33. S. 86; s. auch S. 97: „Daß keiner der Miteigentümer seinen Anteil mit einer Grunddienstbarkeit belasten kann, hängt lediglich mit der faktischen Unmöglichkeit, die Servitut ohne Beeinträchtigung der übrigen Teilhaber auszuüben, zusammen . . . .“

34. s. Kattausch S. 19.

35. Ueber das selbständige Recht jedes Miteigentümers zur Geltendmachung der dinglichen Ansprüche s. Kattausch S. 22 ff. Ueber das Recht zur Fruchtziehung s. K. S. 11, Saenger S. 87.

36. Für die Teilbarkeit der Verwaltungsbefugnis nur Kattausch S. 9; dagegen Doßmann S. 72, Saenger S. 93; für die Teilbarkeit des Besitzes Doßmann S. 77, Kattausch S. 9, dagegen Saenger S. 89.

sondern die Sachherrschaft, der Gebrauch, der Verwaltungsakt selbst, begrifflich unteilbar ist. Die Frage ist nicht einheitlich zu beantworten. Für den Verwaltungsakt ist Unteilbarkeit anzunehmen, da er nur unter Mitwirkung oder in Vertretung aller Gemeinschafter von einem vorgenommen werden kann. Dagegen ist eine unter mehrere geteilte Sachherrschaft (tatsächliche Gewalt) sehr gut vorstellbar. Wolff unterscheidet den schlichten Mitbesitz und den Gesamthandbesitz, je nachdem ob von den Mitbesitzern jeder für sich eine selbständige Sachherrschaft hat oder nicht.[37] Von Saenger wird zu Unrecht behauptet, daß die Sachherrschaft ein einheitlicher Grundbegriff sei, daß sie nur einem Subjekt zustehen könne (S. 91). Aber es kommt auf die Entscheidung dieser Frage für die Lösung des Problems der Teilbarkeit der Befugnisse gar nicht an. Im Eigentum sind die Sachherrschaft und die Verwaltung nicht enthalten, sondern nur die Befugnisse dazu. Nimmt man mit Wolff die Möglichkeit eines schlichten Mitbesitzes an, so muß dieser Mitbesitz nicht auf Grund eines unabhängigen Rechtes oder Teilrechtes ausgeübt werden; auch ein Gesamthandberechtigter kann, obwohl dies meist nicht der Fall ist,[38] eine selbständige Sachherrschaft haben. Behauptet man dagegen Unteilbarkeit der tatsächlichen Gewalt, so ist damit noch nicht die Frage entschieden, ob jedem der Teilhaber nur ein Mitgliedschaftsrecht, ein Mitbesitz, oder ein selbständiges, nur im Umfange beschränktes Besitzrecht zusteht. Daß das Miteigentumsrecht des einzelnen eine selbständige Verfügungsbefugnis enthält, kann man auch nicht aus § 747, 2 oder bei der Belastung einer im Miteigentum stehenden Sache mit einer Grunddienstbarkeit erkennen.

Sieht man von der nur verwirrenden Frage der Teilbarkeit der tatsächlichen Einwirkung auf die Sache ab, so bereitet die Konstruktion von selbständigen Teilverwaltungsrechten und Teilrechten zum Besitz keine Schwierigkeit. Allerdings sind diese Rechte in bruchteilsmäßiger Begrenzung nicht gut denkbar. Man kann einmal oder zu einem Bruchteil die Sache veräußern (das Eigentum übertragen), dagegen läßt sich der Besitz oder die Verwaltung nicht zahlenmäßig umschreiben.[39] Die Konstruktion eines

37. Wolff § 9, II.

38. Wolff § 9 Anm. 6.

39. Nach Kattausch (S. 41) macht sich die Quote doch bemerkbar bei der Besitz- und der Gebrauchsbefugnis. Prinzipiell müsse angenommen werden, „daß, wenn der Gebrauch des zu $^4/_5$ und des zu $^1/_5$ an der Sache

Bruchteilsrechtes zur Verwaltung und zum Besitz ist aber keineswegs erforderlich. Um die Teilbarkeit der Befugnisse nachzuweisen, genügt es, festzustellen, daß zum bruchteilsmäßig bestimmten Anteil des Miteigentümers selbständige Teilbefugnisse gehören, die sich mit Kattausch (S. 10) folgendermaßen charakterisieren lassen: Besitz- und Verwaltungsrecht sind beim Anteil derart beschränkt, daß sie das Bestehen gleichartiger Befugnisse anderer an derselben Sache vertragen. Die Besitz- und Verwaltungsbefugnisse aller Miteigentümer zusammen sind soviel wie das entsprechende, dem Alleineigentümer zustehende Recht.[40]

Die entgegengesetzte Ansicht, die hinsichtlich der direkten Einwirkung auf die Sache eine gesamthänderische Berechtigung annimmt, kommt in Schwierigkeiten bei der Frage der Rechtszuständigkeit. Hier gibt es nur die Alternative: entweder man nimmt ein einheitliches, selbständiges Anteilsrecht an, in dem die Befugnisse zum Besitz und zur Verwaltung eingeschlossen sind, oder man muß sich entschließen, das Anteilsrecht des Miteigentümers in zwei Rechtspositionen zu zerlegen: in ein selbständiges Recht, das die teilbaren Befugnisse enthält, und in eine unselbstänge Mitberechtigung, soweit die Befugnisse als unteilbar aufgefaßt werden; denn ein einheitliches Recht, das aus selbständigen und unselbständigen Befugnissen gemischt ist, läßt sich nicht denken. Die Notwendigkeit der Zerlegung in zwei von einander verschiedene Rechte im Falle, daß eine Teilung nicht bei allen Befugnissen angenommen wird, zeigt sich ganz deutlich, wenn man bei der Gesamthandgemeinschaft eine Zuständigkeit der Rechte an die Gemeinschafter als einzelne für falsch hält und die Gesamthänder nur in ihrer Zusammen-

---

Berechtigten konkurrieren, der letztere sich auf $^1/_4$ des ersteren zu beschränken hat" (S. 42). S. aber Engländer, S. 246, v. Tuhr I, S. 83.

40. Saenger erhebt gegen solche Konstruktionen einen Einwand, der schon von Engländer S. 140 Anm. 254 als unverständlich abgetan worden ist. „Außerdem widerspräche es fundamentalen Grundsätzen des Sachenrechts, mehrere identische (besser: gleiche) dingliche Befugnisse am selben Gegenstande bestehen zu lassen." (Saenger S. 93) Und kurz darauf: „Das Vorhandensein mehrerer Verwalter mit identischen (!) Teilbefugnissen ist praktisch und theoretisch gleich undenkbar." Das ist (nach Engländer) ein grober Irrtum „oder eine höchst mangelhafte Formulierung für den Satz von der rechtlichen Unzulässigkeit eines dominum . . . oder einer possessio plurium in solidum."

fassung (in kollektiver Einheit) als Träger der Rechte ansieht.[41] Denn ein Recht kann entweder nur einem allein oder mehreren in ihrer Gesamtheit zustehen, aber nicht dem einen und allen zugleich; hält man also die Verwaltungsbefugnis im Gegensatz zu den übrigen Befugnissen für unteilbar, die Gemeinschaft als solche in dieser Beziehung für rechtszuständig, so muß man das einheitliche Recht zerstören und die gesamthänderische Befugnis als besonderes Recht abspalten. Abgesehen davon, daß es nicht angängig ist, den Miteigentumsanteil der rechtlichen Behandlung des Eigentums zuwider in Sonderrechte von teils selbständiger, teils unselbständiger Natur zu zerreißen, würde die Unterstellung des Verwaltungsrechtes unter die Gesamthand auch die Anwendung der gesamthandrechtlichen Vorschriften notwendig machen; die Dereliktion des Anteils müßte also bezüglich des Verwaltungsrechtes im Gegensatz zu den andern Befugnissen eine Anwachsung zur Folge haben! — Zu solchen unüberwindlichen konstruktiven Schwierigkeiten müssen alle Kompromißtheorien führen, nach denen das Miteigentum zwischen Geteiltheit des Rechts und Berechtigung zur gesamten Hand steht.[42] —

In der Sphäre der Rechtszuständigkeit können keine Zugeständnisse gemacht werden. Zu trennen davon ist die Sphäre der Rechtsäusübung. Wie im einzelnen das Verwaltungsrecht des Miteigentümers ausgestaltet ist, fällt schon aus dem Rahmen der Frage nach der Rechtsträgerschaft und des Problems der Geteiltheit des Eigentums heraus. Die im Miteigentumsanteil enthaltene Teilverwaltungsbefugnis kann durch die Rechtsordnung derartig beschränkt werden, daß sie praktisch einer bloßen Mitberechtigung gleichkommt. Die Frage, ob in der Sphäre der Rechtsausübung nach BGB. die einzelnen Verwaltungsbefugnisse mehr in der Form gesamthänderischer Mitberechtigung zur Geltung kommen, braucht deshalb hier nicht entschieden zu werden.[43] Gierke, der dies annimmt, betont immer

41. Enneccerus § 312 Anm. 3.

42. so Enneccerus § 403 Anm. 2; § 69, 4 a. Hierher gehören auch die Abhandlungen von Doßmann und Hirsch.

43. Nach Kattausch S. 9 ff. wäre wohl die Konstruktion eines gesamthänderischen Verhältnisses auch bei der Rechtsausübung abzulehnen. Doch vgl. die Bemerkung auf S. 51: „In einzelnen Beziehungen, so hinsichtlich der Verwaltung ist der Miteigentümer ebenso gestellt (sc. wie der Gesellschafter); doch hat er eine solche Fülle selbständigen Rechts, daß es richtig erscheint, auch sein Mitwirkungsrecht bei der Verwaltung im Sinne der Teilbefugnis eines selbständigen Sachenrechtes zu begreifen."

wieder, daß der ideelle Anteil ein für sich bestehendes Sachenrecht ist. „Allerdings wird durch die Einheit der Sache ... irgend eine Gemeinschaft unter den Miteigentümern erzwungen. Allein diese Gemeinschaft ist keine Eigentumsgemeinschaft.“ (S. 384). „Vielmehr bleibt sie eine bloße Verwaltungsgemeinschaft (sc. zur gesamten Hand), die an der Zuständigkeit des Eigentums nichts ändert und daher das Alleineigentum der einzelnen Teileigentümer begrifflich unversehrt läßt.“[44]

Da das Verwaltungsrecht nicht ein Recht neben dem Eigentum, sondern in ihm eingeschlossen ist, muß man auch bei Zustimmung für die Ansicht von Gierke zu der Auffassung einer Geteiltheit der Verwaltungsbefugnis kommen, obwohl die Selbständigkeit der Teilbefugnisse äußerlich nicht so zum Ausdruck kommt. Die innere Organisation der Miteigentumsrechte ist eine einheitliche; ebenso wenig wie bei den übrigen Befugnissen kann sie bei der Verwaltungsbefugnis eine gesamthänderische sein. Es fragt sich dann allerdings, ob man unter diesen Umständen noch von einer Verwaltungsgemeinschaft zur gesamten Hand (und nicht höchstens von einer gesamthandsähnlichen Gemeinschaft) sprechen kann, wenn das gesamthänderische Prinzip in der Sphäre der Rechtszuständigkeit nicht durchgeführt ist.[45] Ein Zweifel aber kann darüber nicht mehr bestehen, daß jedem Miteigentümer als einzelnem Rechtsträger eine selbständige Teilbefugnis zur Verwaltung und allgemein zur direkten Einwirkung auf die Sache zusteht, nicht nur ein mitgliedschaftliches Recht zu bloßer Mitwirkung mit den andern zusammen. Die Befugnisse zum Besitz und zur Verwaltung (und zu allem, was damit zusammenhängt) sind ebenso (wenn auch nicht bruchteils-

---

44. S. 385 (§ 122. II. 2). — Das verschweigt Saenger, der selbst auf S. 65 Rechtsausübung und Rechtsträgerschaft auseinanderhält. Auf S. 93 heißt es: „Gierke mißt sogar der Unteilbarkeit der Verwaltungsbefugnis so große Bedeutung bei, daß er allein dieses Umstandes wegen die Gemeinschaft als Gesamthandsverhältnis, nämlich als eine Verwaltungsgemeinschaft zur gesamten Hand bezeichnet.“ Gierkes Miteigentumstheorie wird bei der Besprechung der Rechts- und Sachteilungstheorien auf S. 40 ff. überhaupt nicht erwähnt und nur gelegentlich an unauffälliger Stelle auf S. 73 Anm. 3 zitiert. Saenger erweckt so den Eindruck, als ob er sich besonders auf Gierke stützen könne.

45. Oertmann (Vorbem. vor § 741, 3) spricht von einer genossenschaftlichen Gestaltung des Verwaltungsrechtes, ohne daß dadurch die Rechtszuständigkeit berührt werde.

mäßig) geteilt wie die Befugnisse, die eine Verfügung über die Sache in rechtlicher Hinsicht gestatten.[46] —

Die Untersuchung über die Teilbarkeit der im Eigentum enthaltenen Befugnisse ist damit eigentlich abgeschlossen, aber sie bedarf noch einer Ergänzung, denn das Anteilsrecht des Miteigentümers erschöpft sich nicht in der Ausgestaltung seiner dinglichen Seite. Die einzelnen Befugnisse eines Teilhabers sind zwar inhaltlich so beschaffen, daß sie nicht mit Befugnissen anderer Teilhaber kollidieren. Doch genügt zur Erklärung der durch die körperliche Einheit der Sache bedingten gemeinschaftsrechtlichen Beziehungen nicht allein der Hinweis auf die dingliche Natur des Miteigentümeranteils. Es lassen sich eine ganze Reihe von obligatorischen[47] Vorschriften aufzählen (die Ansprüche auf Teilung, auf Auslagenerstattung, auf Gebrauchsüberlassung usw.), die sich teils als Bereicherung, teils als Beschränkung des dinglichen Rechts darstellen, ihrer Natur nach aber von diesem verschieden sind. Die obligatorische oder dingliche Qualität einer einzelnen Vorschrift läßt sich nicht immer mit Sicherheit feststellen, im ganzen aber bilden die Beziehungen der Gemeinschafter zueinander ein gemeinschaftsrechtliches Schuldverhältnis.[48]

Die Aufgabe, dieses Schuldverhältnis in die Tuhr'sche Theorie des Miteigentums einzuordnen, ist bereits gelöst worden. Das Gemeinschaftsverhältnis ist nach v. Tuhr (S. 68) nur als Annex des dinglichen Anteilsrechtes anzusehen. Kattausch gibt dafür eine klare Formulierung (S. 39): „Inhaltlich unabhängig von dem dinglichen Recht des Miteigentümers ist es (sc. das Schuldverhältnis) an dieses geknüpft und bildet seine praktisch unentbehrliche Ergänzung. Das sachenrechtliche Miteigentum ist nur gesetzliche Voraussetzung der Gläubiger- und Schuldnerschaft.

---

46. Vgl. A. Müller, S. 68: Trotz einiger gesamthänderischer Einzelerscheinungen werde der Gesamtcharakter der schlichten Gemeinschaft als römisch gearteter nicht beeinflußt. Müller bekämpft mit Recht die Ausführungen von Behn auf S. 48/49; diese sind typisch für die Anhänger derselben Ansicht: „Die Berechtigung der Gemeinschafter in Ansehung des gemeinschaftlichen Gegenstands ist dagegen nach dem Prinzip der gesamten Hand gestaltet. Nur insgesamt können sie über den Gegenstand verfügen und Verwaltungsmaßregeln treffen."

47. Kattausch S. 35 ff. („Die Gemeinschaftsobligation").

48. So die allgemeine Ansicht nach heutigem und gemeinem Recht (Engländer S. 204 Anm. 375). Jedoch sind Ansätze zu einer Verdinglichung des Verhältnisses vorhanden, s. Oertmann, Vorbem. vor § 741, 5.

Wechseln die Anteilsrechte der Inhaber, so scheiden die seitherigen Inhaber aus dem Schuldverhältnis aus; es entsteht kraft Gesetzes neu in der Person der neuen Miteigentümer."

Gegen diese Erklärung des Zusammenhanges zwischen den dinglichen und obligatorischen Befugnissen der Miteigentümer wendet sich Engländer, der eine jedesmalige Neuentstehung von obligatorischen Ansprüchen bestreitet und nach seiner eigenen Konstruktion behauptet, daß die Ansprüche mit der Veräußerung des Rechtsanteils ohne weiteres auf den Rechtsnachfolger übergingen, da sie zum Inhalt des (gegenstandsrechtlichen) Anteils gehörten.[49] Die Gegenmeinung Engländers, die für sich allein keinen Einwand gegen die Geteiltheit des Eigentums bei bestehendem Miteigentum enthält, kann nur aus seiner Lehre im ganzen verstanden werden, und es ist daher im folgenden zu untersuchen, ob sich aus seinem eigenen Konstruktionsversuch Gründe gegen die Tuhr'sche Lehre herleiten lassen.

4. Die Theorie von Engländer.

Engländer sieht grundsätzlich in der Gemeinschaft nach Bruchteilen kein Schuldverhältnis, sondern eine besondere Zuständigkeitsform des gemeinschaftlichen Rechts. Er wendet gegen alle Rechts- und Sachteilungstheorien ein, daß eine Rechtsgemeinschaft noch nicht durch die Gemeinsamkeit des Gegenstandes mehrerer selbständiger gegenständlicher Rechte begründet werde, sondern daß in diesen Fällen die Figur der Rechtekollision gegeben sei.[50] Wenn an die Stelle des einen gemeinschaftlichen Rechtes mehrere Einzelrechte träten, werde der Begriff der „Gemeinschaft" offen preisgegeben. Die Konsequenz dieser Anschauung sei aber nicht nur die Abwesenheit eines „gemeinschaftlichen" Eigentumsrechtes, sondern überhaupt die „Eigentumslosigkeit" der Sache.[51] Damit gelange man „zu der ... völlig unbegreiflichen Vorstellung, daß die Regelform der Rechtsgemeinschaft unseres heutigen Rechtes, das (schlichte) Miteigentum insbesondere, wesentlich Negation des betreffenden (nach der Auffassung des Gesetzes doch „vergemeinschafteten"!) absoluten Vermögensrechtes an dem Objekte, Negation insbesondere des Eigentums an der Sache bedeute!" (S. 146/147).

---

49. S. 209, Vf. (bes. S. 210 Anm. 393) vgl. auch S. 181 Anm. 335.
50. S. 139/140 und allgemein § 8, I und II.
51. so auch Kattausch S. 5.

Zwei Einwände gegen die Rechts- und Sachteilungstheorien lassen sich also im wesentlichen bei Engländer erkennen, der eine die Rechtekollision, der andere die Auffassung des Gesetzes von dem gemeinschaftlichen Recht betreffend. Bezüglich des ersten Einwandes kann nicht bestritten werden, daß das Gesetz die Kollision anders regelt als die schlichte Rechtsgemeinschaft; so ist z. B. im Falle des § 1024 ein Mehrheitsbeschluß wie nach § 745 nicht möglich. Doch muß bestritten werden, daß bei den Lehren von Gierke und v. Tuhr-Kattausch eine Rechtekollision überhaupt vorliegt. Das wäre doch nur der Fall, wenn die aufeinanderstoßenden Rechte nebeneinander gar nicht oder nicht vollständig ausgeübt werden könnten, wie das im Gesetz (§§ 1024, 1060) deutlich zum Ausdruck kommt. In der Charakterisierung des Anteils aber als eines von Natur aus beschränkten[52] dinglichen Rechtes ist die Verneinung der Ausdehnung über einen bestimmten Umfang hinaus schon enthalten. Bereits bei dem Gierkeschen Einwand wurde oben darauf hingewiesen, daß er nur gegenüber den Theorien durchgreift, die bei einer bloßen Rechtsteilung das Anteilsrecht als ein dem Eigentum völlig gleichartiges, also nicht beschränktes Recht ansehen. Dasselbe gilt für die Frage der Rechtekollision. Eine solche käme nur in Betracht, wenn eine gegenseitige Ausübungsstörung notwendig aus dem Rechtsinhalt der Einzelrechte folgen würde, also bei der Auffassung der herrschenden Lehre, aber nicht nach den Theorien von Gierke und v. Tuhr.[53]

Der zweite Einwand betrifft die Auffassung des Gesetzes[54] von dem einen, gemeinschaftlichen Rechte, dessen Vorhandensein von Gierke und Tuhr fälschlich verneint werde. Tuhr gibt selbst zu, daß nach seiner Konstruktion bei der Bruchteilsgemeinschaft genau genommen kein „gemeinschaftliches Recht" vorhanden sei; „was BGB. § 741 ff. so nennt, ist eine Summe von inhaltlich gleichartigen und in gleichem Range stehenden Einzelberechtigungen am selben Objekt". Wenn auch dem Ge-

---

52. Kollidieren zwei Rechte, so muß eine künstliche Beschränkung eintreten: entweder durch Rangverschlechterung eines Rechtes (z. B. der späteren Hypothek) oder bei Gleichrangigkeit durch (beschränkende!) Regelung der Ausübung beider Rechte (z. B. bei § 1024).

53. vgl. aber Engländer S. 240 Anm. 255. — S. gegen eine Kollision auch Binder, Die Rechtsstellung des Erben, III S. 64/65.

54. s. den Wortlaut der §§ 741, 1008. Vgl. auch Engländer S. 165. f. (S. 167 Anm. 313) über § 1011.

setzgeber die Idee eines einheitlichen Rechtes vorschwebe, so handle es sich hierbei um eine theoretische Konstruktion, an welche man nicht gebunden sei, wenn man die Sätze des geltenden Rechts bei Zugrundelegung einer andern Auffassung anders und besser erklären könne.[55]

Der Ansicht v. Tuhrs ist zuzustimmen; entgegen dem Gesetzeswortlaut muß daran festgehalten werden, daß ein einheitliches Recht nicht mehr vorhanden ist, sondern nur noch eine Mehrheit von selbständigen Anteilsrechten. Aber es erhebt sich dann die Frage, wie die Bruchteilsgemeinschaft unter diesen Umständen theoretisch und praktisch noch von den Fällen zu trennen ist, wo mehrere voneinander unabhängige Rechte sich auf dasselbe Objekt beziehen, ohne daß die Regeln der §§ 741 ff. zur Anwendung zu bringen sind. Ein absolut sicheres Kriterium wird sich dafür allerdings kaum finden lassen. Wann die Regeln der Gemeinschaft zur Anwendung kommen müssen, läßt sich, wenn aus dem Gesetzeswortlaut nichts hervorgeht, nur im einzelnen Fall nach der besonderen Natur der Rechte und ihrer Objekte entscheiden, wobei jedesmal zu untersuchen ist, ob die zusammentreffenden Rechte in manchen Beziehungen aufeinander angewiesen sind oder ganz unabhängig voneinander selbständig ausgeübt werden können.[56] So sind die Miteigentümer in ihren Entschließungen über ihre Anteilsrechte frei; aber die körperliche Einheit der Sache macht ein gemeinsames Vorgehen in der Regel notwendig, wenn über die ganze Sache etwas bestimmt werden soll. Würde ein Miteigentümer allein darüber bestimmen, so würde er über sein eigenes Recht hinausgehen und die Rechte der andern verletzen. Dagegen sind im Falle des § 420 die Gläubiger der Teilforderungen derart selbständig gestellt, daß die meisten eine Einheit des ganzen Schuldverhältnisses nicht für gegeben halten; soweit sich hier rechtliche Folgen an den gemeinsamen Ursprung der Forderungen knüpfen, bedarf

55. v. Tuhr I. S. 82/83. — Vgl. zum Wortlaut des A.L.R. („ungeteiltes Recht" usw.) die beachtenswerten Bemerkungen von Förster-Eccius § 182. I. (S. auch Engländer S. 41, Anm. 79).

56. Vorausgesetzt ist, daß alle Rechte am selben Objekt sich gleichzeitig ohne gegenseitige Beschränkung auswirken können, im Gegensatz zur Rechtekollission, wo eine künstliche Beschränkung geschaffen werden muß, weil die Rechte — voneinander unabhängig — nebeneinander nicht voll ausgeübt werden können.

es jedenfalls ohne Zweifel nicht der Anwendung der Gemeinschaftsregeln.[57]

Die Bruchteilsgemeinschaft kann durch die Zuständigkeit eines einzigen, vergemeinschafteten Rechtes nicht charakterisiert werden. Aber bei der Rechtsausübung zeigt sich doch eine starke Verbundenheit bezw. eine gewisse Abhängigkeit der Anteilsrechte voneinander, so daß diese, obwohl innerlich selbständig, in ihrer Zusammenfassung nach außen nur ein Recht zu sein scheinen. Die notwendige (äußere) Zusammengehörigkeit der Anteile findet ihren Ausdruck in der besonderen Rechtsform der Gemeinschaft. Die Einheit eines gemeinschaftlichen Ganzrechtes wird damit negiert, ohne daß der Begriff der Gemeinschaft eine Einschränkung erleidet.[58]

Wenn die vorstehende Erklärung des Wesens der Gemeinschaft nach Bruchteilen vom Standpunkte Engländers nicht befriedigt, so können sich Bedenken dagegen doch nur erheben, wenn der eigene Versuch Engländers die Gemeinschaft zutreffender charakterisiert. Aus dem (bisher erschienenen) ersten Teil des Buches geht aber keineswegs hervor,[59] wie sich die Behauptung von dem Vorhandensein eines einzigen, nicht in selbständige Teilrechte zerfallenden Rechtes erweisen läßt. Obgleich dem Anteil die Qualität eines unabhängigen subjektiven Rechtes nach Art gewöhnlicher subjektiver Ganzrechte abgesprochen wird,[60] bleibt doch die Möglichkeit offen, daß er im Rechtsverkehr wie ein gewöhnliches subjektives Recht funktioniert.[61] Wenn hierdurch die Möglichkeit einer Selbständigkeit des Anteils wenigstens nach außen hin zugegeben wird, so fragt es sich, welchen Zweck es hat, die Ungeteiltheit des gemeinsamen subjektiven Rechtes noch in dem Sinne aufrecht zu erhalten, daß es nicht in einzelne subjektive Teilrechte zerfällt. Schließlich wird die Abgrenzung des Falles der Rechtsgemeinschaft von ähnlichen Fällen für die Praxis keineswegs dadurch erleichtert, daß man die Zusammengehörigkeit der Anteilsrechte statt in das Gebiet der Rechtsausübung in das der Rechtszuständigkeit verlegt.

Die ganze Konstruktion Engländers von der schlichten Rechts-

---

57. vgl. Engländer S. 128 Anm. 234.

58. Nach Saenger bilden Gemeinschaft und durchgeführte Teilung die denkbar schärfsten Gegensätze! (S. 98.)

59. vgl. Engländer S. 205, Anm. 376.

60. S. 156, IV f; S. 212 Anm. 396.

61. S. 265.

gemeinschaft ist auch noch unter einem anderen Gesichtspunkt zu begreifen; sie ist von vornherein so angelegt, daß sie unter einen Oberbegriff der Gemeinschaft fällt. Engländer versucht die beiden Formen der schlichten Rechtsgemeinschaft und der Gesamthand einheitlich zu erfassen in der alle Formen umfassenden „Rechtsgemeinschaft". Wenn auch der Gesetzeswortlaut für die Annahme dieses Oberbegriffs sprechen mag,[62] so läßt die Selbständigkeit des „Gesamtvermögens"[63] bei den Gemeinschaften zur gesamten Hand es doch recht fraglich erscheinen, ob sich die Gesamthand als ein besonderer Fall der „Rechtsgemeinschaft" mit gegenstandsrechtlichen Anteilen darstellen läßt.[64] Wenn aber der Versuch, sämtliche Gemeinschaftsformen unter die übergeordnete „Rechtsgemeinschaft" zu bringen, scheitert, weil sich die Gesamthand dort nicht einordnen läßt, dann ist erst recht nicht einzusehen, warum die schlichte Rechtsgemeinschaft durch den schwierigen Begriff einer Mehrheitszuständigkeit des gemeinsamen Rechtes erklärt werden soll, nur um sie der Gemeinschaft zur gesamten Hand näherzubringen.

Die Ueberkonstruktion Engländers ist wenig geeignet, die Tuhrsche Theorie zu erschüttern oder gar zu entkräften. Die einzelnen Befugnisse des Eigentümers sind demnach geteilt, das ganze Eigentum ist in selbständige Miteigentumsrechte zerfallen. Von einer Teilung des Eigentums ist dabei nur im Sinne einer Aufteilung die Rede; ob das Eigentum wirklich zu den teilbaren Rechten gehört, ist eine besondere Frage, deren Beantwortung von dem bis jetzt nicht feststehenden Begriff der Teilung von Rechten abhängig ist.[65] Nach der Tuhr'schen Lehre

---

62. Ausführlich darüber Engländer in § 1 und § 2.

63. S. v. Tuhr I, S. 352.

64. Gegen Engländer s. Enneccerus § 312, Anm. 3 und Affolter (Arch. f. Bürg.Recht 42, S. 248). Affolter unterscheidet zwischen den Normen des BGB. und dem autonomen Recht der Gesellschaft. Nach BGB. sei die Gesellschaft als Kollektiveinheit anzusehen, dritten Personen gegenüber seien die Gesellschafter nicht Miteigentümer; wohl aber seien sie nach den internen Normen anteilsberechtigt.

65. Nach v. Tuhr z. B. sind die Miteigentumsrechte „zwar gleichartig unter sich, aber nicht mit der unbeschränkten Alleinherrschaft des Alleineigentümers. Eine Teilung des Eigentums in dem Sinne, wie die Frage oben gestellt ist, liegt also nicht vor. Eine Teilung des Eigentums in zwei Rechte, von denen jedes dem ursprünglichen Eigentum ganz gleichartig, also volles Eigentum ist, kann nur durch Zerlegung des Objektes in zwei selbständige Sachen erfolgen". I S. 237. (Das wäre bei der Sachteilungs-

ist jedenfalls das Eigentum geteilt (= aufgeteilt), aber nicht die Sache, solange sie noch als einheitlicher Körper besteht. In diesem Punkte ist die Theorie, die im übrigen sich als richtig herausgestellt hat, noch verbesserungsbedürftig, es fehlt ihr die Bestimmtheit des Rechtsobjektes, als welches hier nicht die Sache, sondern gemäß der Sachteilungstheorie der Sachbruchteil angesehen werden soll.

5. Die Sachteilungstheorie.

Der Beweis für die Geteiltheit der Sache kann nur bei der Belastung, nicht z. B. bei der Veräußerung einer Sache durchgeführt werden. Denn die Veräußerung ist nichts weiter als eine Verfügung über das Eigentum, das beim Nachfolger noch genau dasselbe ist, so daß sich in den Rechtbeziehungen der Sache nichts geändert hat. Im Gegensatz dazu schafft die Belastung eine neue Rechtsbeziehung zur Sache. Sie ist nicht nur Verfügung über das Eigentum, sondern zugleich ein konstitutiver Akt, durch den das abgeleitete Recht dieselbe enge Beziehung zur Sache bekommt wie das Eigentum selbst, ohne vom Eigentum (als dem Mutterrecht) abhängig zu sein.[66]

Dasselbe gilt, wie oben gezeigt, auch bei der Bestellung eines Rechtes am „Anteil" des Miteigentümers. Auch hier wird über das Miteigentumsrecht verfügt, belastet wird aber nicht dieses, sondern die Sache ohne Vermittelung des Miteigentumsrechtes. Dementsprechend müßte das Anteilsrecht, über das verfügt worden ist, genau ebenso wie das Eigentum durch das abgeleitete, belastende Recht beschränkt werden, weil dieses ihm im Range vorgeht. Aber die Beschränkung gerade dieses Anteils als des Mutterrechts muß nach den Theorien, die eine Sachteilung ver-

---

theorie der Fall.) S. auch Doßmann (über Teilung S. 48 ff.) S. 53: „Demnach muß ein Recht dann als teilbar bezeichnet werden, wenn es sich in neue selbständige Rechtseinheiten zerlegen läßt, von denen jede dem Berechtigten die gleichen Befugnisse — sowie überhaupt die gleiche Rechtsstellung — gewährt, wie das ganze Recht seinem Subjekte, nur in geringerem Umfang." Vgl. noch Saenger S. 78 ff. und Engländer S. 150 Anm. 276 und die daselbst zitierten älteren Schriftsteller.

66. Der Beweis für die Geteiltheit der Sache setzt die obigen Ausführungen über den Gegenstand der dringlichen Rechte voraus. Würde nicht nur die Sache, sondern auch das Eigentum (bzw. nur das Eigentum) den begrenzten Rechten verhaftet sein, so könnte ein Beweis für die Sachteilungstheorie und gegen die Rechtsteilungstheorie nicht gegeben werden. Beide Theorien würden dann gleichberechtigt nebeneinander stehen.

neinen, fraglich bleiben. Denn nach ihnen belastet das abgeleitete Sachenrecht die ungeteilte Sache zu dem Bruchteil des Anteilsrechtes, d. h. die Sache als Ganze haftet beschränkt. Die ganze Sache ist aber nach der Rechtsteilungstheorie nicht nur Objekt des abgeleiteten Rechtes und des Anteilsrechtes, über das verfügt worden ist; sondern die ganze Sache ist das gemeinsame Rechtsobjekt der sämtlichen Eigentumsanteile. Danach wäre eine Kollision des belastenden Rechtes (unter rangbesserer Stellung) nicht nur mit diesem einen Anteilsrechte, sondern mit jedem beliebigen anderen Anteil denkbar — denn das abgeleitete Recht ist nur mit der Sache verbunden, mit dem Mutterrecht ebensowenig wie mit den übrigen Anteilsrechten.[67] Wenn also der Gläubiger einer aus einem Anteilsrecht abgeleiteten Bruchteilshypothek sich aus der Sache in der Höhe dieses Anteils befriedigen wollte, wäre er nicht darauf angewiesen, den Inhaber des Mutterrechtes zu verklagen, sondern könnte sich an jeden der übrigen Miteigentümer halten.

Diese unmöglichen Folgen, die deutlich einen Mangel in der Bestimmung des Rechtsobjekts durch die reine Rechtsteilungstheorie zeigen, können nur bei einer Konstruktion vermieden werden, die nicht die ganze Sache als Gegenstand der dinglichen Rechte ansieht. In Wirklichkeit ergreift der Anteil und jedes aus ihm abgeleitete Recht nicht die ganze Sache, sondern nur einen rechtlich bestimmten (körperlichen) Ausschnitt aus der Sache, den Sachbruchteil.

Jeder Eigentumsanteil hat ein eigenes Rechtsobjekt, den Sachbruchteil; andererseits steht wieder dieser nur unter der Herrschaft eines einzigen Miteigentumsrechtes, nicht auch der übrigen Anteilsrechte. Der Anteil des Miteigentümers ist ein ausschließliches, unbeschränktes Recht am Sachbruchteil, ein beschränktes Recht nur in bezug auf die ganze Sache.

Freilich können dingliche Rechte nur an Sachen (bezw. an unwesentlichen Bestandteilen einer Sache) bestehen, es ist

67. Man könnte etwa einwenden: Ein Miteigentümer kann durch Verfügung über sein Recht nur dieses, nicht auch andere Anteile in der Weise beeinträchtigen, daß ihnen ein von ihm selbst bestelltes Recht vorgeht. Aber es ist bewiesen worden, daß ihm gestattet ist, die Sache (und nur diese) in der Höhe seines Anteils zu belasten. Es handelt sich eben darum, eine solche Konstruktion des Miteigentums zu finden, die den Satz von der Sachbelastung mit dem Satz, daß ein Miteigentümer nicht in fremde Anteilsrechte eingreifen kann, in Einklang zu bringen weiß.

also eine Gleichstellung des Sachbruchteils mit der Sache erforderlich. Aber dies widerspricht nicht dem Gesetz, das zwar eine Gleichstellung selbst nicht direkt ausspricht, aber durch seine Ausdrucksweise (§ 1114 usw.) doch zu gestatten scheint, so daß man zum mindesten berechtigt ist, bei Nachweis der Notwendigkeit den Sachbruchteil als Sache zu behandeln, und zwar ein für allemal, nicht nur für gewisse Fälle.[68] Infolge dieser Gleichstellung, die umso leichter fällt, als ja die Sachbruchteile körperlich bestimmte Größen sind, können alle dinglichen Rechte auch an den Sachbruchteilen bestehen. Auch Objekt eines Erbbaurechts oder einer Grunddienstbarkeit kann nach der Sachteilungstheorie nicht das im Miteigentum stehende Grundstück, sondern nur die Gesamtheit der Grundstücksbruchteile als solcher sein. Trotzdem wird man nicht zugeben, daß die beiden Rechte an einem oder einzelnen Grundstücksbruchteilen bestellt werden können; aber diese Einschränkung ergibt sich doch nur aus der Natur dieser Rechte, die ihrer Bestimmung nach kein anderes Objekt als das reale Grundstück bezw. die diesem gleichwertige Gesamtheit der Grundstücksbruchteile vertragen. Bei den übrigen Sachenrechten gibt es keine ähnlichen Bedenken: Eine Reallast, eine Hypothek, das Eigentum usw. können sich auf Sachbruchteile beziehen, ohne dadurch in ihrer Natur eine Aenderung zu erfahren. Insbesondere hindert bei der Sachteilungstheorie nicht mehr ein Mangel an Ausschließlichkeit, den Anteil des Miteigentümers als Eigentumsrecht am Sachbruchteil anzusehen.[69] Die Beziehung des Miteigentümers zum Sachbruchteil ist sein eigenes und alleiniges Herrschaftsgebiet. Das Anteilsrecht hat (in bezug auf den Sachbruchteil) dieselben Eigenschaften wie das volle Eigentum und läßt sich nicht etwa wie der Nießbrauch oder das Pfandrecht als ein beschränktes dingliches Recht darstellen. Aus diesem Grunde ist auch der Sachbruchteil der Sache selbst (nicht bloß einem Bestandteil) gleich zu setzen. Ebenso-

---

68. Wie z. B. bei § 49 GBO., wo nur von Grundstücken die Rede ist und trotzdem nach den Kommentaren hierunter auch Grundstücksbruchteile (bzw. Miteigentumsanteile) zu rechnen sind. (Güthe § 49,3.)

69. Da auch das Gesetz davon ausgeht, daß das Anteilsrecht Eigentum ist (Planck, Vorbem. § 1008,3), und es nach der Rechtsteilungstheorie (wie oben im Anschluß an v. Tuhr-Kattausch gegen die herrschende Lehre dargelegt) dem Eigentum nicht wesensgleich sein kann, paßt sich die Sachteilungstheorie besser als die Rechtsteilungstheorie der Auffassung des Gesetzes an.

wenig wie außer den Anteilsrechten noch ein einheitliches Eigentum als ein die Einzelrechte zusammenfassendes, übergeordnetes Recht besteht, ist die Einheitlichkeit der Sache selbst aufrecht zu erhalten; vielmehr sind an ihre Stelle die Sachbruchteile als selbständige Rechtsobjekte getreten.

Eine gewisse qualitative Verschiedenheit des Anteils vom Eigentum an der ganzen Sache könnte trotzdem auch hier angenommen werden, denn bei der Aenderung des Objekts wandelt sich auch das Recht, wenigstens äußerlich, in der Sphäre der Rechtsausübung; die Beherrschung des Sachbruchteils ist von außen gesehen doch eine andere als die der Sache, weil er kein abgegrenztes, greifbares Objekt ist. In der Sphäre der Rechtszuständigkeit beziehen sich aber alle einzelnen Befugnisse des Miteigentümers in derselben Weise auf den Sachbruchteil wie die des Eigentümers auf die ganze Sache; der Anteil ist also mit vollem Recht als Eigentum am Sachbruchteil bezeichnet worden. Der Miteigentümer verwaltet nicht den Sachbruchteil, aber seine Verwaltungsbefugnis geht nur auf ihn, nicht auf die ganze Sache. Man denke etwa an den durchaus gleichgearteten Fall, daß mehrere Eigentümer verschiedener Sachen eine gemeinsame Verwaltung vereinbaren, so daß faktisch keiner sein Verwaltungsrecht an seiner Sache ausübt, sondern über alle Sachen insgesamt gemeinsame Bestimmungen getroffen werden. —

Es könnte noch gefragt werden, ob man die hier vertretene Theorie zu der reinen „Sachteilungstheorie“ oder der kombinierten „Rechts- und Sachteilungstheorie“ zu rechnen hat. Diese Frage ist indessen nicht zu entscheiden — denn zwischen den beiden Theorien besteht kein prinzipieller Unterschied. Nur die Ausgangspunkte sind verschieden. Während die Sachteilungstheorie von vornherein eine Zerlegung der Sache in selbständige, als Sachen zu behandelnde Sachbruchteile annimmt, kommt die Rechts- und Sachteilungstheorie zu diesem Ergebnis auf einem Umwege: Sie geht von einer Teilung des Eigentums in Teilrechte aus und entwickelt erst danach, daß die Teilrechte nicht die ganze Sache zum Gegenstande haben. Sie kann aber nur dann eine vollständige Teilung der Sache annehmen, wenn sie auch die Teilung des Eigentums restlos durchgeführt hat; wird die Teilbarkeit auch nur einer einzigen Befugnis verneint, so muß die betreffende ungeteilte Befugnis auch die ganze, ungeteilte Sache zum Gegenstande haben. In diesem Falle kann man jedoch nicht mehr von

einer „Rechts- und Sachteilungstheorie“ sprechen. Nach der eigentlichen, konsequent zu Ende geführten Rechts- und Sachteilungstheorie gibt es kein einheitliches Eigentum an der ganzen Sache mehr, sondern nur noch Teilrechte an den Sachbruchteilen, genau so wie nach der reinen Sachteilungstheorie.[70] Für beide Theorien genügt daher die gemeinsame Bezeichnung „Sachteilungstheorie“. —

(Die Sachteilungstheorie in diesem Sinne wird für das BGB. vertreten von Gierke, Kipp (3 zu § 142) und Sokolowski (S. 417); sie hatte große Bedeutung im gemeinen Recht, insbesondere durch Wächter (vgl. S. 183) und seit Göpperts Untersuchungen auch für das preußische Recht (s. Förster-Eccius § 182, I.) Die Theorie, die heute noch in Italien als herrschende Auffassung gilt (s. Engländer S. 134, A. 243), scheint in Deutschland ziemlich allgemein verlassen zu sein (s. Enneccerus § 403, Anm. 4), weil man sich im Glauben befindet, mit einer bloßen Rechtsteilung ohne Geteiltheit der Sache auskommen zu können (vgl. KvRGR. § 1008,2, Staudinger § 1008, I, 1, KG. 28, S. 69). Doch wird das schwierige Problem in der neueren Zeit nicht nur spärlich behandelt (s. Engländer Vorwort), sondern man sucht ihm auch vielfach auszuweichen, anstatt eine Geteiltheit der Sache mit Entschiedenheit abzulehnen: s. z. B. Planck Vorbem. § 1008,3 oder RG. 20 S. 270, wo keineswegs, wie Doßmann annimmt, für die bloße Rechtsteilung eindeutig Stellung genommen, sondern im Gegenteil unter anderen auf Göppert (einen Vertreter der Sachteilungstheorie) verwiesen wird, oder OLGE. 14 S. 85, wo von dem Eigentümer des Bruchteils die Rede ist. Hätten sich die Anhänger der herrschenden Lehre etwas eingehender mit der Theorie von Tuhr-Kattausch beschäftigt, nach der sich die Wesengleichheit des Anteilsrechtes mit dem Eigentum nicht aufrecht erhalten läßt, wenn das Anteilsrecht sich auf die ganze Sache bezieht, so würden sie wohl zur Sachteilungstheorie freundlicher stehen.)

---

70. Eine Teilung des Rechtes kann man also bei der reinen Sachteilungstheorie nicht verneinen, wenn man sie bei der Rechts- und Sachteilungstheorie bejaht, was z. B. Doßmann tut, der die bloße Sachteilungstheorie (im Gegensatz zur letzteren) zu den „Ungeteiltheitstheorien“ zählt — als ob nach ihr noch ein ganzes Eigentum an der ganzen Sache bestände. Bezeichnend ist die Unsicherheit bei der Einteilung: Engländer rechnet z. B. die Theorie von Sokolowski zu den Sachteilungstheorien (S. 134 A. 243), Doßmann zu den Rechts- und Sachteilungstheorien (S. 31 A. 1). Hier sei noch bemerkt, daß die Dissertation von Hirsch nicht mit Doßmann zu den reinen Rechtsteilungstheorien (die eine Teilung der Sache verneinen) gerechnet werden kann: Erstens, weil sie zwischen Geteiltheit und Ungeteiltheit des Eigentums steht, und zweitens, weil von ihr, soweit Teilbarkeit angenommen wird, nicht die ganze Sache, sondern der „Anteil“ (doch wohl ein bruchteilsmäßig bestimmter Teil der Sache!) als Objekt des Anteilrechtes angesehen wird. (Hirsch S. 12, S. 66).

VI. Folgen der Sachteilungstheorie.

In praktischer Hinsicht kommt man mit der Sachteilungstheorie vielfach zu denselben Ergebnissen wie die herrschende Meinung und die Judikatur, doch ermöglicht sie oft eine einfachere und bessere Begründung. Das soll durch zwei Beispiele verdeutlicht werden.

In R. G. 56 S. 100 wird der Fall besprochen, daß zwei Miteigentümer ihre Bruchteile ändern. Dabei bringt das R. G. zum Ausdruck, daß die Veräußerung einen Wechsel in der Person der Eigentümer nicht verlange; zur Annahme einer Veräußerung genüge es, wenn das Eigentum an der ganzen Sache teilweise aufgegeben werde. Indessen geht nach der hier vertretenen Ansicht auch in diesem Falle Eigentum von einer Person auf die andere über: Der Sachbruchteil, der veräußert werden soll, wechselt seinen Eigentümer.

Aehnlich ist der für die Praxis wichtige Fall zu beurteilen, daß zwei Miteigentümer A. und B. ihr Haus in die von ihnen selbst gebildete Gesellschaft (A. und B.) einbringen. Da in der Praxis die Ansicht vertreten wird, daß diese Gesellschaft des bürgerlichen Rechts kein von den Miteigentümern A. und B. verschiedenes Rechtssubjekt ist, wird auch ein Personenwechsel bei der Einbringung des Hauses nicht angenommen.[1] In Wirklichkeit liegt der Fall nicht anders, als wenn A. ein ihm allein gehöriges Grundstück in die Gesellschaft (A. und B.) einbringen will. Hierbei läßt er nicht nur die Hälfte seines Grundstücks an B. auf (denn sonst bliebe er „Alleineigentümer" der anderen Hälfte), sondern das ganze Eigentum in der Weise, daß es künftig A. und B. als Gesamthändern zusteht. Der vorliegende Fall ist ebenfalls so zu erklären, daß jeder der Miteigentümer sein ganzes Eigentum an seinem Grundstücksbruchteil dem anderen überträgt, um es der Gesellschaft zu verschaffen.[2]

Man bedarf keineswegs der Erklärung, daß zwar ein Personenwechsel nicht vorliege, aber das früher besessene Eigentum „seinem Inhalt nach verschieden" sei von dem jetzt erworbenen. Ein Eigentum an der ganzen Sache ist gar nicht vorhanden, son-

1. Güthe § 20 Anm. 16.

2. Dies vor allem gegen Goldmann-Lilienthal (S. 167—168 und dazu Anm. 17), der Auflassung verlangt, wenn ein Alleineigentümer sein Grundstück einbringt, nicht aber, wenn Miteigentümer ihr Grundstück in die Gesellschaft einbringen.

dern nur die Summe mehrerer Teilrechte; nicht das Eigentum an der Sache hat sich geändert, sondern die Eigentumsrechte an den Sachbruchteilen sind übertragen worden. Hiernach ist es auch verständlich, daß Miterben, die ein zum Nachlaß gehöriges Grundstück zu einfachem Miteigentum haben wollen, es in Grundstückbruchteile aufteilen und diese den einzelnen auflassen müssen.[3] —

An einem dritten Beispiel soll gezeigt werden, daß man mit der Sachteilungstheorie manchmal auch andere Ergebnisse wie in der Rechtssprechung erhält. In OLGE. 43 S. 193 (Beschl. des KG. v. 14. 1. 23) wird der Fall behandelt, daß ein Eigentümer sein Grundstück an mehrere Miteigentümer aufgelassen hat, ohne daß bei der Einigung etwas Bestimmtes über das Beteiligungsverhältnis der Käufer vereinbart wurde. Bei der Eintragung der Miteigentumsgemeinschaft in das Grundbuch gemäß § 48 GBO. wurde streitig, ob die Auflassungsverhandlung noch durch Abgabe einer ausdrücklichen Erklärung der Käufer gegenüber dem Verkäufer bezüglich ihrer Beteiligung zu ergänzen war. — Das KG. hat das verneint: Es könne dahingestellt bleiben, wie die in der Literatur streitige Frage zu entscheiden sei, ob nämlich die Einigung auf das Beteiligungsverhältnis zu erstrecken sei, oder ob die Abgabe einer Erklärung der Käufer über jenes Verhältnis beim Erwerbe gleichgültig sei; denn vorliegendenfalls sei der Wille des Verkäufers auf die Uebertragung des Eigentums gerichtet, gleichviel, wie sich die Beziehungen unter den Erwerbern gestalten.

Diese Begründung paßt wohl für den Eigentumserwerb durch eine Gemeinschaft zur gesamten Hand, trifft aber hier nicht zu. Nach der Sachteilungstheorie stellt sich vielmehr eine Veräußerung des Grundstücks an eine einfache Miteigentumsgemeinschaft so dar, daß der Verkäufer jedem der Käufer das Eigentum an je einem Grundstücksbruchteil überträgt und zwar (nach den Ausführungen oben S. 70) grundsätzlich wegen Anwendbarkeit des § 3 GBO. erst, nachdem jeder Teil auf ein besonderes Grund-

3. Von beachtlicher Seite wird eine Auflassung für überflüssig gehalten, s. Kipp, Erbrecht, 14. bis 16. Aufl. § 82, VI,1.

4. Vgl. Henle, Recht 09 S. 384, der die Anlegung von besonderen Blättern für die Anteile befürwortet, daneben aber aus Zweckmäßigkeitsgründen außerdem die Anlegung eines Blattes für „das ganze, ungeteilte (!) Grundstück“ für zulässig erachtet.

buchblatt abgeschrieben[4] oder gemäß § 4 GBO. als selbständiges Grundstück auf einem gemeinschaftlichen Blatte gebucht ist.[5]

Es handelt sich also um mehrere Einigungen, die unabhängig voneinander zu beurteilen sind, die aber freilich zeitlich zusammenfallen können und dann ein einziges, zusammengesetztes Rechtsgeschäft bilden, dessen Gültigkeit bei Nichtigkeit einer der Einigungen von § 139 BGB. abhängt.

Würde das einheitliche Eigentum an dem Grundstück an die Erwerber übertragen werden, so müßte beispielsweise bei Geisteskrankheit eines der Erwerber die Auflassung im Ganzen ohne weiteres nichtig sein;[6] es würde jede Möglichkeit fehlen, das Geschäft teilweise aufrecht zu erhalten, weil bei der Einigung ja gar nicht das Beteiligungsverhältnis der Erwerber festgestellt worden ist. Da aber nach der Sachteilungstheorie die Eigentumsrechte an den einzelnen Grundstücksbruchteilen übertragen werden, bewirkt die Nichtigkeit einer der Einigungen höchstens dann die Nichtigkeit auch der übrigen, wenn nicht anzunehmen ist, daß das ganze Rechtsgeschäft (die Veräußerung des Grundstücks) auch ohne den nichtigen Teil (die unwirksame Uebertragung des einen Anteils) vorgenommen sein würde.

Oder man nehme folgendes Beispiel: Der Verkäufer einer beweglichen Sache ist nicht ihr Eigentümer. Von den Käufern, die die Sache als Miteigentümer erwerben wollen, ist einer bösgläubig. Nach der Sachteilungstheorie würden dann die übrigen Miteigentümer kraft guten Glaubens die ihnen übertragenen Anteile erwerben. Nach der Ansicht aber, daß der Verkäufer nur das Eigentum an der ganzen Sache übertrage, ganz gleich, wie sich die Beziehungen unter den Erwerbern regeln, würde den übrigen Käufern der gute Glaube nichts nützen. —

Für die Praxis am wichtigsten ist die Auswertung der Sachteilungstheorie bei der Beurteilung des Verhältnisses von Hypothek und Miteigentum zueinander.[7] Die grundsätzliche

---

5. Ueber diese Art der Abschreibung s. Wolff § 29, III, 2 und § 37 Anm. 10.

6. Vgl. Saenger a. a. O., auch Levy S. 885.

7. Die auf diesem Gebiete herrschende Unsicherheit hat bereits Levy gezeigt. (S. 88/89; zu Anm. 1 daselbst s. auch Jaeckel-Güthe S. 473, § 112, III, 1.) Vgl. besonders seine Ausführungen über den in sich widerspruchsvollen Standpunkt des KvRGR. (S. 305 Anm. 7a und S. 307 Anm. 8).

Frage, ob sich eine bestehende Hypothek in eine Totalhypothek[8] verwandelt, wenn das belastete Grundstück von mehreren Miteigentümern erworben wird, ist zu bejahen; denn in rechtlicher Beziehung besteht fortan nicht mehr ein einziges Grundstück, sondern eine Summe von selbständigen Grundstücksbruchteilen. Die Rechtslage ist dieselbe wie bei realer Teilung des Grundstückes. Die Verwandlung der Hypothek in eine Totalhypothek ist deshalb die allein mögliche Lösung. Eine Zerlegung der einheitlichen Hypothek in selbständige Teilhypotheken ohne Zusammenhang an den einzelnen Grundstücksteilen erscheint schon deshalb unzulässig, weil das zu einer bedenklichen Verschlechterung der Rechte des Gläubigers führen würde.[9]

Für die Entstehung einer Gesamthypothek hatte sich auch die Entscheidung des KG. in Band 30 S. 258 ausgesprochen, doch tritt die überwiegende Meinung statt für direkte nur für entsprechende Anwendung der Vorschriften über die Gesamthypothek ein.[10] Dieser Standpunkt ist nicht nur in der Theorie verfehlt

8. Totalhypothek = Gesamthypothek an Grundstücksbruchteilen, s. oben S. 13.

9. s. Wolff § 148, II, 2.

10. Vgl. Levy S. 103 Anm. 15 und z. B. Goldmann-Lilienthal S. 458 (Anm. 26 zu § 72). Mit der Ansicht, daß eine Anwendung der Regeln der Gesamthypothek prinzipiell unzlässig sei, steht Levy nicht ganz allein da; aber es ist kaum anzunehmen, daß ihm die Praxis folgen wird. Er kann für seine Ansicht nur die Bemerkungen von Eccius, Kretzschmar, Hirschfeld und Leo und die Schrift von Saenger anführen. Auf S. 100 Anm. 11 beruft er sich zu Unrecht auf Biermann. Predari und Turnau-Förster. Nach Ansicht des letzteren (Anm. II,5 zu § 1132) verwandelt sich die Hypothek im Falle der Veräußerung eines Bruchteils durch den Alleineigentümer in eine echte Gesamthypothek; ebenso nach der Meinung Biermanns, der freilich einen unverständlichen Gegensatz aufstellt (§ 1132 Anm. 1,a): „Gleiches gilt (d. h. eine Gesamthypothek entsteht), wenn der Alleineigentümer eines hypothekarisch belasteten Grundstücks Bruchteile desselben an andere Personen veräußert. Nicht aber (!), wenn das ganze Grundstück in das Eigentum mehrerer gelangt. Hier bleibt die Hypothek vielmehr eine einfache, die Miteigentumsanteile als solche sind hier nicht belastet." Trotzdem gestattet Biermann auch im letzteren Falle den Zugriff des Gläubigers auf einzelne Anteile. (Ueber diese Inkonsequenz s. auch Levy S. 306 Anm. 7 b und S. 104 Anm. 17.) — Ueber Predari s. unten Anm. 16 zu S. 79.

Neuerdings findet Levy Zustimmung bei Staudinger (Nachtrag Nr. 762 bei § 1132 und 689 bei § 1114) und Güthe (§ 49 Anm. 3), aber es erscheint durchaus unsicher, ob diese geneigt sind, sämtliche Folgerungen aus seiner Ansicht zu ziehen; vgl. z. B. die Anmerkungen 13, 17 und 25 zu § 22 bei Güthe, nach denen wichtige Vorschriften der Gesamthypothek zur

(denn, wie oben S. 14 schon bemerkt, ist für eine Analogie gar kein Grund vorhanden, wenn man das Vorliegen einer Gesamthypothek bestreitet), sondern auch für die Praxis wenig brauchbar. Unter dem Deckmantel der „Analogie" lassen sich ebensowohl sämtliche wie nur einzelne Vorschriften der Gesamthypothek anwenden. Man macht dabei die Heranziehung oder Ausschaltung einer Vorschrift allein von der Frage ihrer Zweckmäßigkeit abhängig, über die man gerade auf diesem Gebiet doch sehr oft im Zweifel sein kann. —

Nicht anders ist der zweite Fall zu entscheiden: wenn die Miteigentümer selbst eine Hypothek auf ihr Grundstück aufnehmen. Nach der Sachteilungstheorie sind auch hier die Regeln der Gesamthypothek direkt zur Anwendung zu bringen, denn die Hypothek wird nicht am ganzen Grundstück, sondern an den Grundstücksbruchteilen bestellt. Die herrschende Meinung will dagegen einen Unterschied machen, ob die Miteigentümer ihre Bruchteile oder zusammen als „der Eigentümer" das ganze Grundstück belasten. Im ersten Falle wird eine Gesamthypothek angenommen,[11] im zweiten dagegen verneint.

Daß die herrschende Meinung unberechtigt ist, hat bereits das KG. in Band 41, S. 246 gezeigt: „Ob zwei Eigentümer erklären: Wir belasten das Grundstück mit einer Hypothek, oder

---

Anwendung kommen sollen! Auch bei Lindemann-Soergel (Anm. 1 zu § 1114) wird unter Verweisung auf Levy behauptet, daß die Hypothek am ganzen Grundstück nicht die Miteigentumsanteile ergreife; aber im entscheidenden Punkte (s. Anm. 1 zu § 1132) weichen die Verfasser von Levy ab: Eine Gesamthypothek entstehe zwar nicht, wenn das Grundstück Miteigentum werde, aber das Recht der Gesamthypothek sei entsprechend anwendbar. Dieser Standpunkt, dessen Unhaltbarkeit Levy selbst nachweist (S. 104 ff.), ist der jetzt am häufigsten vertretene (vgl. Levy S. 107 Anm. 21. Nußbaum, Zwangsversteigerung, S. 250 Anm. 3); neuestens bleibt im Jahrb. f. Entsch. d. freiw. Ger. Bd. 1 S. 483, die Frage nach der Entstehung der Gesamthypothek dahingestellt, weil eine sinngemäße Anwendung einzelner Vorschriften auch bei Annahme einer einheitlichen Hypothek geboten sei. (Ueber die Entscheidungen des RG. in JW. 1910 S. 473 s. oben S. 21 ff.) — Manche Autoren legen dem § 864 ZPO. irrtümlich eine materiellrechtliche Bedeutung bei, s. Levy S. 104 ff.

Ein Ueberblick über die in der Literatur vertretenen Meinungen zeigt eine große Unsicherheit über die theoretische Erklärung der Rechtslage; eine genaue Stellungnahme wird meist vermieden. Der Durchschnitt durch die verschiedenen Meinungen läßt aber das Bestreben erkennen, zu dem hier vertretenen Ergebnis zu kommen.

11. Dagegen nur Fuchs (§§ 1173,6,c; 1132,1) und Leo a. a. O.

ob jeder von ihnen in derselben Urkunde erklärt: Ich belaste meinen Bruchteil mit der Hypothek, das kann auf den Inhalt der Hypothek nicht von Einfluß sein. Denn beide Erklärungen besagen inhaltlich ein und dasselbe."[12] — Die herrschende Meinung kann sich nicht auf § 747 S. 2 BGB. stützen; denn diese Bestimmung ist keineswegs dahin auszulegen, daß die Miteigentümer zusammen als „der Eigentümer" verfügen können.[13] Es wurde im Gegenteil nachgewiesen, daß die Miteigentümer nur über ihre Anteile, nicht außerdem über das (nicht mehr vorhandene) ungeteilte Eigentum am Grundstück verfügen können (s. oben S. 56). Der Gedanke, durch Verfügung über das ganze Eigentum eine Hypothek am ganzen Grundstück zu bestellen, ist ebenso abwegig wie die Vorstellung, daß die Eigentumer mehrerer realer Grundstücke sich zusammentun könnten, um für eine Forderung eine Einzelhypothek an den getrennten Grundstücken zu bestellen.[14] [15]

Trotzdem es nach der herrschenden Meinung möglich sein soll, daß die Miteigentümer zusammen eine Einzelhypothek aufnehmen, wollen die meisten auch in diesem Falle — von ihrem grundsätzlichen Standpunkt aus ebenso ungerechtfertigt wie im vorigen Falle (oben S. 76) — die Regeln der Gesamthypothek analog anwenden,[16] so daß der Streit für die Praxis an Bedeutung

12. A. A. Meikel (S. 347): In der Verkehrsanschauung werde ein deutlicher Unterschied gemacht. Die wenigsten dürfen aber mit der Möglichkeit eines Unterschiedes rechnen. Vgl. A. Meyer S. 287.

13. So besonders Levy S. 302 ff.

14. Uebereinstimmend Güthe, dritte Aufl., § 49 Anm. 3.

15. Auch § 1009 ist so zu verstehen, daß für den Miteigentümer ein Recht an den Bruchteilen, nicht an der ganzen Sache bestellt wird. (A. A. vor allem Bay. OLG. in Seuff. Arch. 58 S. 407 infolge Verkennung der Bedeutung des § 747 S. 2; a. A. auch RG. in Gruch. 55 S. 674 u. a.) Das erworbene Recht ist demnach, soweit der eigene Bruchteil in Frage kommt, ein Recht an eigener Sache, das der Miteigentümer sich — bez. seines Anteils — selbst bestellt (s. Kattausch S. 21 und Anm. 25). — Eine für den Miteigentümer bestellte Hypothek ist Totalhypothek, wobei er selbst zugleich Gläubiger ist. Diese Doppelstellung führt indessen nicht zur Anwendung des § 1173 Abs. 1 S. 2, denn dem Miteigentümer steht das Gläubigerrecht schon bei Entstehung der Hypothek zu, während diese Vorschrift sich nur auf den Fall bezieht, daß es auf ihn erst übertragen wird (vgl. Goldmann-Lilienthal S. 536, Anm. 62, s. auch Wolff § 148 Anm. 25).

16. s. bes. Planck § 1132, 1a, γ und die dort Zitierten. Levys Ansicht von der Unanwendbarkeit der Regeln der Gesamthypothek folgen auch hier nur die oben in Anm. 10 zu S. 176 Genannten, doch vertritt der KvRGR. zu § 1132,4 prinzipiell denselben Standpunkt — freilich mit der wichtigen Ein-

verliert. Immerhin ist aus den oben angeführten Gründen die Feststellung wichtig, daß die Hypothek in beiden Fällen, sei es, daß sie von den Miteigentümern schon übernommen, oder sei es, daß sie von ihnen erst bestellt wurde, eine Totalhypothek ist.

Die Anwendung sämtlicher Regeln der Gesamthypothek für die Totalhypothek gilt auch bezügl. der grundbuchrechtlichen Vorschriften (§§ 49, 59, 63, 64 in Verbindung mit § 3 GBO. s. oben S. 70 und S. 74).[17] Hat nur das Grundstück als Ganzes ein Grundbuchblatt, so ist zu fordern, daß die Belastung jedes Grundstücksbruchteils besonders vermerkt wird. Doch kann aus dem Fehlen eines solchen Vermerkes nicht geschlossen werden, daß nur das Grundstück als Ganzes belastet ist.[18] Die materielle Rechtslage bestimmt die nötigen Eintragungen, nicht kann umgekehrt eine Unvollständigkeit des Grundbuches ohne weiteres die tatsächliche Rechtslage beeinflussen.[19]

Zum Schluß der theoretischen Ausführungen soll noch einmal betont werden, daß man zu dem Ergebnis nur mit Hilfe der Sachteilungstheorie gelangt — vorausgesetzt, daß man mit der herrschenden Lehre die Theorie des subjektlosen Eigentums ablehnt. Andernfalls führt auch die Theorie von Tuhr-Kattausch zum selben Resultat. Nimmt man an, daß das belastende Recht entweder nur das Eigentum oder dieses und noch die Sache dazu ergreift, so ist zwar der Beweis dafür, daß der Sachbruchteil ein notwendiges Rechtsobjekt ist, kaum zu führen, da die oben (S. 68 ff.) gebrauchten Argumente nicht durchschlagen würden; aber unter diesen Umständen wäre man auch gar nicht auf den Sachbruchteil als solchen angewiesen, sondern könnte den Beweis auf folgende Weise führen: Die Hypothek ergreift bei vorhandenem Miteigentum (mag es vor oder nach der Belastung entstanden sein) nicht das ganze Eigentum am Grundstück, sondern die einzelnen Miteigentumsrechte, die an die Stelle des einen, nicht mehr vorhandenen Eigentums getreten

---

schränkung, daß die Vollstreckung in die Bruchteile gemäß § 864 ZPO. möglich sei. Predari, der in § 49 Anm. 5 die Ansicht Levys zu teilen scheint, tritt auf S. 451 Anm. 4a zu § 22 der Entscheidung in KG. 41 bezügl. der Anwendung des § 1173 bei. — Mit der hier vertretenen Meinung in beiden Fällen übereinstimmend die Aufsätze von Stillschweig, Höchstädter und Meyer.

17. A. A. Stillschweig S. 13.
18. Vgl. Eccius S. 729 Nr. 3.
19. Vgl. v. Tuhr I, S. 91.

sind.[20] — Unabhängig also von der Frage, ob das Anteilsrecht im Verhältnis zum Eigentum ein bloßes minus oder in gewissen Beziehungen ein aliud ist, entsteht eine Totalhypothek, die auf den Anteilsrechten oder — bei Annahme der Haftung von Eigentum und Sache für die Hypothek — zugleich auf den Teilrechten und auf dem Grundstück selbst ruht.

VII. Die Totalhypothek als Gesamthypothek.

In den folgenden Ausführungen soll die Totalhypothek noch im einzelnen genauer charakterisiert werden.

Die Anwendung des § 1132 BGB. ergibt, daß der Hypothekengläubiger sich nach Belieben aus allen, mehreren oder einem Grundstücksbruchteil allein befriedigen kann. Dies ist wichtig für den Fall, daß der Gläubiger das Grundstück zur Zwangsversteigerung bringen will, die Person eines der Miteigentümer aber aus dem Grundbuch nicht zu ersehen ist, z. B. wenn ein Miteigentümer gestorben ist und die Ermittlung seiner Erben auf unabsehbare Schwierigkeiten stößt. § 1132 ermöglicht dann dem Gläubiger die Befriedigung aus den Grundstücksbruchteilen der übrigen Miteigentümer wegen der ganzen Forderung, während nach der Theorie von Levy und Saenger der Gläubiger sein Recht vorläufig überhaupt nicht durchsetzen kann,[1] sondern warten muß, bis der unbekannte Miteigentümer gefunden ist (— es sei denn, daß die übrigen Miteigentümer dem Gläubiger aus der Hypothekenforderung auch persönlich verpflichtet sind. In diesem Falle könnte er auch in ihre Anteile vollstrecken aber doch nur in seiner Eigenschaft als persönlicher Gläubiger und deshalb gemäß § 10 ZVG. an rangschlechterer Stelle.)

Der Totalhypothekar hat nach § 1132 BGB. fernerhin das Recht, seine Hypothek auf die einzelnen Grundstücksbruchteile so zu verteilen, daß jeder derselben nur für den zugeteilten Betrag haftet. Auch kann der Gläubiger auf den einzelnen Teilen Rangdispositionen vornehmen, indem er durch Verabredung mit einem andern Hypothekar diesem auf einem oder mehreren Bruchteilen den Vorrang einräumen läßt. Ebenso ist es dem Gläubiger gestattet, den Zinsfuß nur für einzelne Bruchteile zu erhöhen oder zu ermäßigen. Dagegen wird man ihm nicht das

20. v. Tuhr II, S. 60; Hirsch S. 222.
1. Vgl. Saenger S. 5 und 126 ff.

Recht zubilligen, mit einzelnen Miteigentümern verschiedene Kündigungsbedingungen zu verabreden.[2]

Schließlich ergibt sich aus dem Wesen der Totalhypothek als einer Gesamthypothek auch die Folge, daß ihre Löschung nicht auf allen Bruchteilen gleichzeitig zu erfolgen braucht; der Gläubiger kann sie auf einem Bruchteil löschen lassen, so daß sie auf den andern Teilen weiter besteht.[3] Soll die ganze Hypothek gelöscht werden, so ist die Zustimmung aller Miteigentümer nötig (§ 27 GBO.)[4]; aber es handelt sich dabei nicht um eine einzige Löschungsbewilligung aller Miteigentümer als „des Eigentümers", sondern um einzelne gesonderte Erklärungen bezüglich bestimmter Grundstücksbruchteile. In jedem Falle ist dabei allerdings zu prüfen, ob nicht die Zustimmungserklärungen nach dem Willen der Miteigentümer rechtlich verbunden sind und ein zu einem Ganzen zusammengefaßtes Rechtsgeschäft bilden, dessen Gültigkeit nach § 139 BGB. zu beurteilen ist, wenn eine Zustimmungserklärung (als ein Teil des ganzen Rechtsgeschäftes) nichtig ist.[5]

Die wichtigsten Folgen aus der Anwendung des § 1132 BGB. zeigen sich bei der Zwangsversteigerung. Da nicht das Grundstück als solches, sondern die Gesamtheit der Grundstücksbruchteile versteigert wird, sind die Vorschriften über die gemeinschaftliche Versteigerung mehrerer Grundstücke (§§ 18, 50, 63, 64, 76, 83, 112, 122, 123 ZVG.) anzuwenden.[6] Danach sind vor

---

2. So KG. 40 A. S. 299 und Predari § 49 Anm. 1. Dagegen jedoch Staudinger, Nachtrag Nr. 761 zu § 1132 und Biermann § 1132 Anm. 1, b, γ.

3. s. KG. 30 S. 258 ff. Dagegen macht sich in KG. 27 A. S. 143 ff. noch die Auffassung bemerkbar, daß die Totalhypothek auf dem Grundstück selbst ruht; es heißt dort auf S. 146, daß die Löschung der Hypothek nur auf einzelnen Anteilen eine Neubelastung der übrigen Anteile sei.

4. Nur dies wird in KG. 20 A. S. 209 und KG. 22 A. S. 140 zum Ausdruck gebracht. Hirschfeld leitet aus den Entscheidungen zu Unrecht, und ohne selbst dafür eine Begründung zu geben, den Satz ab, daß dem Grundbuchrichter nicht gestattet sei, die Hypothek auf den Anteilen der Zustimmenden zu löschen und im übrigen stehen zu lassen (S. 116). Aus diesem ganz unbewiesenen Satze erlaubt er sich den Rückschluß, daß die Hypothek nicht mehrere Haftungsgegenstände habe, die Regeln der Gesamthypothek also nicht anwendbar seien.

5. Vgl. RG. in JW. 1910 S. 473 Nr. 12.

6. Nach Nußbaum, Zwangsversteigerung S. 250, kann der Hypothekar die Subhastation sowohl des ganzen Grundstücks, als auch der Summe der Anteile betreiben. Sein Antrag sei im Zweifel im ersteren Sinne zu deuten. Wenn der andere Fall aber vorkomme, so seien doch die oben

allem die Teile einzeln auszubieten.[7] Doch wird, da in der Praxis selten ein Bedürfnis dafür vorliegt, der Versteigerungsrichter leicht die Zustimmung der in § 63 Abs. 5 genannten Beteiligten dazu erhalten können, daß unter Verzicht auf ein Einzelangebot nur ein Gesamtausgebot stattfindet.[8]

Die Verteilung des Erlöses regelt sich hauptsächlich nach § 112 ZVG.; Schwierigkeiten bereiten dabei nur solche Fälle, wo neben den Gesamtrechten noch Anteilsrechte bestehen.[9]

Ueber die Zusammenlegung von mehreren Verfahren, in denen je ein oder mehrere Bruchteile eines Grundstückes oder das ganze Grundstück (d. h. die Gesamtheit der Bruchteile) und ein Bruchteil desselben von verschiedenen Gläubigern subhastiert werden, s. Jaeckel-Güthe § 27 Anm. 6 (S. 154). Den Verfassern ist jedoch darin nicht beizutreten, daß sie im Anschluß an Eccius für einen im Range vor einem Anteilshypothekar berechtigten Gläubiger, dem seinerzeit eine Hypothek am ganzen Grundstück bestellt wurde, eine Ausnahme zulassen; auch der ist Totalhypothekar und muß sich deshalb ein Ausgebot nach Anteilen gefallen lassen.

Wird nur ein Anteil gemäß § 864 Abs. 2 ZPO. versteigert, so ist eine vorgehende Totalhypothek bei Berechnung des geringsten Gebotes in voller Höhe zu berücksichtigen. Der abweichenden Meinung von Leo, der sie in das geringste Gebot nur zu einer verhältnismäßigen Höhe entsprechend der Größe des Anteils einstellen will, fehlt die gesetzliche Grundlage. —

Durch § 1132 BGB. erwirbt demnach der Gläubiger einer Hypothek, die nachträglich durch Entstehung von Miteigentum zur Totalhypothek geworden ist, ohne sein Dazutun neue Rechte, die ihm vorher nicht zustanden. Wenn darin eine ungerechte Bevorzugung erblickt wird, so ist darauf hinzuweisen, daß er fortan nur dieselben Rechte genießt wie der Hypothekar, der durch reale Zerteilung des Grundstücks Gesamthypothekar geworden ist. Außerdem handelt es sich im ganzen weniger um einen einseitigen Zuwachs an Rechten als um eine völlige Veränderung

---

genannten Vorschriften entsprechend anzuwenden. Wie oben die herrsch. Meinung, s. Jaeckel-Güthe, Anm. 1 zu §§ 63, 64.

7. Weber S. 35 will das Einzelausgebot nur auf Verlangen eines Beteiligten stattfinden lassen.

8. S. Stillschweig S. 11 ff., auf dessen eingehendere Behandlung der Zwangsversteigerungsfragen hingewiesen wird.

9. Nußbaum, Zwangsversteigerung, § 33, V und §34, V.

der Rechtslage, von der alle Beteiligten teils Vorteile, teils Nachteile haben.

So können die in verschiedenem Range stehenden Totalhypothekare auch Schaden erleiden. Man nehme den Fall, daß an einem Grundstück drei Hypotheken bestellt waren, die nachträglich durch Entstehung von Miteigentum Totalhypotheken geworden sind, und daß jetzt der zweite Hypothekar einen Bruchteil oder mehrere Bruchteile nacheinander versteigert. Dadurch wird die Gefahr des Ausfalles für den nachstehenden dritten Hypothekar größer, als wenn das ganze Gesamtstück (d. h. die Gesamtheit der Bruchteile) subhastiert werden würde;[10] denn einmal besteht schon an und für sich wenig Neigung, einzelne Anteile zu erwerben, dann ist auch aus dem Grunde davon abzuraten, weil es schwer sein wird, auf den Grundstücksbruchteilen Hypotheken aufzunehmen (über die Gründe siehe weiter unten S. 84), und schließlich wird bei der Versteigerung eines einzelnen Bruchteils das geringste Gebot unverhältnismäßig hoch, weil die rangerste Totalhypothek in voller Höhe einzustellen ist, während sie beim Gesamtausgebot aller Bruchteile nur einmal berücksichtigt zu werden braucht. Andererseits kommt dem so benachteiligten Totalhypothekar bei einem Ausfall in der Anteilsversteigerung zugute, daß seine Hypothek auf den anderen Anteilen aufrückt (§§ 1181 Abs. 2, 1182 Satz 2).[11]

Auch dem rangersten Gläubiger kann die neue Lage unangenehm sein, z. B. wenn der ihm nachstehende Hypothekar bei der Versteigerung einzelner oder sämtlicher Bruchteile auf einem Einzelausgebot besteht und gemäß § 64, 1 ZVG. die Verteilung der vorgehenden Hypothek verlangt. Der erste Gläubiger hat demgegenüber nur das Recht, seine Hypothek in barem Gelde zurückzuverlangen. Auf diese Weise wird ihm, wenn er sich gegen die Verteilung sträubt, die sofortige Fälligkeit aufgenötigt.[12]

Gegen die Bruchteilsversteigerung hat niemand ein Widerspruchsrecht, auch nicht solche Gläubiger, die bei Begründung ihrer Hypothek die Gewißheit haben durften, daß ihre Rechte nur durch Versteigerung des ganzen Grundstücks auf Antrag eines Vorberechtigten beunruhigt werden könnten.[13] Die Be-

10. S. Jaeckel-Güthe S. 5 Vorbem. 4.
11. Stillschweig S. 8.
12. Stillschweig S. 12, Eccius S. 730 Nr. 12 (Gruch. Bd. 46).
13. Für ein Widerspruchsrecht Eccius schon in Förster-Eccius § 194

teiligten haben nur einen Schutz durch Ausübung des Ablösungsrechtes gemäß §§ 268, 401, 412, 1150 BGB.

Ungünstig ist ferner die Rechtslage für gewisse Bruchteilshypothekare durch die Möglichkeit der Zwangsversteigerung des Grundstücks (d. h. der Gesamtheit der Bruchteile) zwecks Aufhebung der Gemeinschaft unter den Miteigentümern. Beantragt einer von diesen die Versteigerung gemäß §§ 180 ff. ZVG., so werden in das geringste Gebot von den Hypotheken, die auf den übrigen (nicht dem betreibenden Miteigentümer gehörigen) Grundstücksbruchteilen ruhen, nicht diejenigen aufgenommen, die hinter der rangletzten gemeinschaftlichen Belastung stehen; diese Rechte an den übrigen Bruchteilen erlöschen einfach (§ 91 Abs. 1 ZVG.). Es ist deshalb gefährlich, eine Bruchteilshypothek zu erwerben, der keine gemeinschaftliche Belastung folgt, weil ein anderer Miteigentümer, der zu dem Bruchteilshypothekar in gar keiner Beziehung steht, die Versteigerung des Grundstücks und damit eventuell den Ausfall der Bruchteilshypothek herbeiführen kann.[14]

Daß die Totalhypothek auf diese Weise zum Erlöschen gebracht werden kann, erscheint ausgeschlossen, da sie als gemeinschaftliche Belastung aller Teile immer zu berücksichtigen ist. Doch ist ein Fall hiervon auszunehmen: Insoweit sie nämlich durch Rangänderung auf einem oder mehreren Grundstücksbruchteilen einen schlechteren Rang bekommen hat.

Verglichen mit der Lage des Alleineigentümers sind auch die Miteigentümer schlechter dran; denn jeder Grundstücksbruchteil haftet dem Totalhypothekar nicht nur quotenmäßig, sondern in voller Höhe der Hypothek. Ein Miteigentümer muß gewärtig sein, daß der Gläubiger gerade seinen Anteil herausgreift, um sich aus ihm wegen des ganzen Betrages der Hypothek zu befriedigen. Die Folge, daß der betreffende Miteigentümer allein den Schaden trägt, kann nur vermieden werden, wenn die Miteigentümer von vornherein einen Ausgleich untereinander verabreden, so daß der gerade Betroffene gegen die übrigen Regreßansprüche hat (über §§ 1173 ff. s. weiter unten). —

Die durch Entstehung von Miteigentum so geschaffene Rechtslage verschafft den Beteiligten eine Menge von Vorteilen und Nach-

---

Anm. 66, anscheinend auch noch in Gruch. 44 S. 527; gegen ihn im allgemeinen Jaeckel-Güthe S. 5, s. jedoch oben S. 82.

14. S. Nußbaum, Hypothekenwesen, S. 106 bis 107.

teilen, die wegen der nicht häufigen Ausübung der besonderen Rechte aus der Totalhypothek nicht so sehr ins Gewicht fallen, aber doch einen Zustand der Beunruhigung verursachen. Es ist deshalb wichtig zu wissen, ob dem Zustand ein Ende bereitet wird, wenn die Miteigentümeranteile sich wieder in einer Hand vereinigen.

Der Eigentumsübergang auf einen Alleinerwerber findet so statt, daß jeder Miteigentümer ihm seinen Anteil auflßt. Der Erwerber wird dadurch zunächst mehrfacher Eigentümer der einzelnen Grundstücksbruchteile. Waren diese als besondere Grundstücke gebucht (wie von rechtswegen zu fordern, s. oben S. 74), so tritt eine Vereinigung der Teile zum Ganzen erst durch eine Zusammenschreibung gemäß § 890 BGB., § 5 GBO. ein. Bis dahin kann der neue Eigentümer das ganze Grundstück als solches nicht belasten, andererseits ist er durch § 1114 BGB. daran gehindert, auf die Grundstücksbruchteile eine Hypothek aufzunehmen.[15] Die Zusammenschreibung liegt deshalb im Sinne des Gesetzes und kann nicht mit der Begründung abgelehnt werden, daß Verwirrung zu besorgen sei (§ 5 GBO. — Verwirrung ist dagegen regelmäßig zu befürchten, wenn die einem allein gehörigen Bruchteile verschiedener Grundstücke zusammengeschrieben werden sollen).

Hatten die einzelnen Grundstücksbruchteile keine besonderen Grundbuchblätter, oder waren sie nicht gemäß § 4 GBO. gebucht, so tritt die Vereinigung schon durch die Eintragung des Alleineigentums des Erwerbers ein, das zum Gegenstande nicht mehr die Bruchteile, sondern das Grundstück selbst hat. Diese Eintragung ersetzt die Zusammenschreibung, die die Buchung der Teile als selbständiger Grundstücke voraussetzt. § 890 BGB. ist also auch hier wenigstens entsprechend anzuwenden. Er hat die Wirkung, daß von der Vereinigung an ein neues Recht nur noch die Grundstückseinheit als solche, nicht die früheren Teile ergreifen kann, selbst wenn diese verschieden belastet waren.[16]

---

15. A. A. Levy; er legt den § 1114 einschränkend dahin aus, daß die Belastung von Bruchteilen durch den Alleineigentümer nicht verboten wäre, wenn jemals ein Miteigentumsanteil vorher belastet worden sei (S. 311 ff., 318 f.). Diese Auslegung des § 1114 ist aus dem Gesetzeswortlaut nicht zu begründen, sie steht auch einzigartig in der gesamten Literatur da, wie Levy selbst anführt (Anm. 18 zu S. 318).

16. Vgl. Henle, Recht 09 S. 419, bezüglich der Vereinigung realer Teile Schaefer S. 30 und 62.

Die Vereinigung hat keine rückwirkende Kraft; vorhandene Rechte werden nicht beeinträchtigt. Bestand eine Bruchteilshypothek, so setzt sich diese nach der Verschmelzung der Anteile nicht am Grundstück fort, sondern bleibt an dem Bruchteil bestehen;[17] § 1114 steht unbestrittenermaßen dem nicht entgegen. Daraus ist zu ersehen, daß die Bruchteile als Haftungsgegenstände nicht untergegangen sind; nur sind sie für alle bei und nach der Vereinigung entstehenden Rechte als Rechtsobjekte nicht vorhanden. Das Grundstück erscheint so in doppelter Gestalt. Wem das unvorstellbar erscheint, der ist doch gezwungen, die Bruchteile für die alten Belastungen als fortbestehend zu fingieren.[18]

Die Rechtslage ist ebenso wie bei der Vereinigung realer Grundstücke, die zu unwesentlichen Bestandteilen geworden sind, weshalb sie weiter Gegenstand der an ihnen bestehenden Rechte bleiben können, obwohl künftighin nur das einheitliche neue Grundstück Rechtsobjekt ist. So können auch die für eine künftige Belastung nicht mehr in Betracht kommenden Bruchteile gewissermaßen als ideelle nichtwesentliche Bestandteile angesehen werden.

Diese Darlegung führt auch zur Beantwortung der Frage, was nach der Verschmelzung der Anteile aus der Totalhypothek wird. Bei der Gesamthypothek ist es bestritten, ob sie sich infolge der Vereinigung in eine gewöhnliche Grundstückshypothek verwandelt oder als solche an den Teilen bestehen bleibt. Die überwiegende Meinung, besonders die Rechtsprechung, nimmt mit Recht Fortbestehen der Gesamthypothek an oder bejaht wenigstens die Möglichkeit der Zwangsvollstreckung in die früher selbständigen Teile und rechtfertigt das damit, daß nach wie vor die Teile als solche belastet seien.[19] Die Begründung für die gegenteilige Meinung, daß eine Mehrheit von selbständigen Grundstücken zu bestehen aufgehört habe, greift demgegenüber nicht durch, denn die einzelnen Grundstücke sind unwesentliche Bestandteile geworden, an denen besondere Rechte mög-

17. Erwerben von dem Alleineigentümer drei Käufer als Miteigentümer das Grundstück, so verwandelt sich eine Bruchteilshypothek an der Hälfte des Grundstücks in eine Totalhypothek, die jeden neuentstandenen Drittelbruchteil zur Hälfte belastet.

18. So Stillschweig S. 9.

19. Vgl. Güthe § 5 Anm. 19, Rosenberg § 890, IV, Schaefer S. 62, 63; KG. 30 S. 195, OLG. 39. S. 223 (weitere Literatur bei Rosenberg).

lich sind. Ferner ist darauf hinzuweisen, daß bestehende dingliche Rechte durch die Vereinigung nicht beeinträchtigt werden dürfen, wenn nicht eine Ausnahme im Gesetz vorgesehen ist. Es wäre eine Verkürzung der Rechte des Gesamthypothekars, wenn er nicht mehr wie früher eine bestimmte Parzelle versteigern könnte, die besonders günstig loszuschlagen ist. Schließlich ist auch nicht einzusehen, warum die Gesamthypothek anders behandelt werden sollte wie eine Hypothek, die an einem der früher selbständigen Teile bestellt war und an diesem bestehen bleibt; die Gesamthypothek ist ihrem Wesen nach eine Mehrheit von (unselbständigen) Hypotheken, deren jede ein einzelnes Grundstück belastet.[20]

Diese Ausführungen über die Gesamthypothek treffen auch auf die Totalhypothek zu. Der Gläubiger würde in seinen Rechten ebenfalls beeinträchtigt werden, wenn er nicht mehr wie früher einen bestimmten Bruchteil zur Versteigerung bringen könnte; geht ihm z. B. eine Bruchteilshypothek im Range vor, so hat er ein Interesse daran, den anderen, unbelasteten Bruchteil zu subhastieren. — Demnach ist eine Verwandlung der Totalhypothek in eine Einzelhypothek bei der Vereinigung der Grundstücksbruchteile nicht anzunehmen.[21] [22]

Dies Ergebnis mag vielleicht nicht befriedigen. Es ist je-

---

20. Wolff § 148 Anm. 2.

21. So auch Eccius S. 729 Nr. 4; a. A. Stillschweig S. 9 (das ohne Zutun des Gläubigers erworbene Recht gehe ihm wieder verloren, wenn sich die Bruchteile zum Alleineigentum vereinigen; anders, wenn die Totalhypothek verteilt worden sei), Wolff § 148 Anm. 1, A. Meyer S. 287 f. und Höchstädter S. 93 zu 5. — Ueber die hinausgeschobene Wirkung der Vereinigung der Bruchteile, wenn die Vereinigung n a c h der Beschlagnahme im Zwangsversteigerungsverfahren erfolgt, s. Stillschweig S. 9 und RG. 94 S. 156 zu 1. Zu dieser Entsch. unter Nr. 2: Das Ergebnis ist auch aus dem Grunde richtig, weil nach der hier vertretenen Ansicht die Hypothek der Sparkasse (unter Nr. 5) eine Totalhypothek geblieben ist. — Vgl. auch OLG. 42 S. 38 (über das Verhältnis von 864 Abs. 2 zu § 7 Anf. Ges.).

22. Zur Frage der „Erstreckung“ durch den Alleineigentümer (s. KG. 36 S. 237) sei nur nebenbei folgendes bemerkt: Aus einer auf das ganze Grundstück zu erstreckenden Bruchteilshypothek kann keine Einzelhypothek, sondern nur eine Totalhypothek entstehen (so auch Levy S. 320); denn die Erstreckung bedeutet nicht eine Neubelastung des ganzen Grundstücks (so Güthe § 6 Anm. 6), sondern des noch vorhandenen freien Bruchteils. Ob unter diesen Umständen die Zweckmäßigkeitsgründe die zur Ausschaltung des § 1114 angeführt werden, noch durchgreifen, erscheint fraglich. § 1131 BGB., der grundsätzlich anwendbar ist (s. Levy daselbst), trägt zur Lösung dieser Frage nichts bei.

denfalls merkwürdig, daß aus einer einfachen Hypothek eine Totalhypothek wird, wenn der Alleineigentümer sein Grundstück an Miteigentümer auflßt, und daß diese Totalhypothek, wenn das Grundstück später von einem Alleineigentümer wieder erworben wird, als solche bestehen bleibt, obwohl ihr Entstehungsgrund nunmehr fortgefallen ist. Aber derselbe Vorgang spielt sich bei der realen Teilung eines Grundstücks ab; die einmal durch die Teilung entstandene Gesamthypothek wird durch eine spätere Vereinigung derselben Teile nicht berührt.

Es mag auch die Frage aufgeworfen werden, warum bei der realen und ideellen Teilung der Gedanke der Surrogation der Teile anstelle des Ganzen herangezogen werde, nicht aber hier in entsprechender Weise. Indessen könnte von einer Surrogation in der Art, daß an die Stelle der Bruchteile bezw. der realen Teile wieder ein einheitliches Grundstück tritt, doch nur dann die Rede sein, wenn diese Teile aufgehört haben zu existieren; das ist aber, wie eben dargelegt, nicht der Fall, weil die Teile, wenn sie auch nicht mehr in besonderem Eigentum stehen, doch als nicht wesentliche Bestandteile nach der Vereinigung selbständige Objekte der von früher her an ihnen bestehenden Rechte bleiben. —

Somit ist eine eigenartige Rechtslage geschaffen. Die Gläubiger, denen eine Hypothek nach der Vereinigung vom Alleineigentümer bestellt worden ist, können keinen einzelnen Bruchteil versteigern wie die ihnen im Range vorgehenden Totalhypothekare. Kommt aber das Grundstück (bezw. die Gesamtheit der Bruchteile) zur Versteigerung, so sind die einfachen Hypotheken wie Totalhypotheken zu behandeln, denn den Gläubigern der vorstehenden Totalhypotheken haften nur die Bruchteile, und es finden daher die Regeln über die gemeinschaftliche Versteigerung mehrerer Grundstücke Anwendung.[23]

Der Satz, daß die Totalhypothek auch nach der Vereinigung als solche weiter besteht, erleidet jedoch in der Praxis durch die Vorschriften über das Vertrauen auf die Richtigkeit des Grundbuches eine ganz wesentliche Einschränkung. Die Totalhypothek ist gewöhnlich aus dem Grundbuch als solche nicht zu ersehen,

23. Stillschweig (S. 9) meint, daß kein Bedürfnis vorliege, die §§ 63, 64 ZVG. anzuwenden; doch richte sich die Verteilung nach § 112 ZVG. Ueber die entsprechende Regelung bei der Gesamthypothek s. Schaefer S. 74 ff.

und insofern liegt eine Unrichtigkeit des Grundbuches vor, denn unabhängig von der Frage, ob die Bruchteile als selbständige Grundstücke zu buchen sind, ist von rechtswegen wenigstens ein Vermerk darüber zu machen, daß die Hypothek jeden Bruchteil besonders belastet. Fehlt jeder Vermerk darüber, so können unter den Voraussetzungen des § 892 BGB. die besonderen Rechte aus der Totalhypothek gegenüber den auf die Richtigkeit des Grundbuches Vertrauenden, insbesondere also gegenüber dem Erwerber des Grundstückes nicht geltend gemacht werden. Die Totalhypothek gilt redlichen Erwerbern gegenüber gemäß der Eintragung als gewöhnliche Grundstückshypothek.[24] —

Für die Praxis bedeutsamer als die bisher behandelten Vorschriften ist die Anwendung der §§ 1172 ff. bei der Totalhypothek. Was zunächst den § 1172 betrifft, so hält die herrschende Meinung seine Heranziehung nihct für nötig,[25] wenn einer der Fälle der §§ 1163 und 1168 (bezw. 1175) vorliegt, wenn also beispielsweise die Hypothek nicht valutiert ist, wenn der Gläubiger auf sie verzichtet, oder wenn alle Miteigentümer, die zugleich persönliche Schuldner sind, zusammen den Gläubiger befriedigen bezw. einer von ihnen im Namen aller die Hypothekensumme zahlt, (wenn vielleicht über den auf jeden entfallenden Betrag der Summe noch nichts bestimmt ist). Die herrschende Lehre[26] setzt in diesen Fällen ohne weiteres voraus, daß die bestehende Hypothek eine einheitliche Hypothek am ganzen Grundstück, keine Totalhypothek ist, und kommt deshalb — unter diesen Umständen mit Recht — zu dem Ergebnis, daß jeder Miteigentümer einen der Höhe seines Anteils entsprechenden Teil der Hypothek (als Eigentümergrundschuld) erwirbt. Streit besteht nur darüber, ob die Hypothek auf die Miteigentümer als einzelne oder als Gemein-

---

24. Allerdings ist aus dem Grundbuch die Tatsache zu ersehen, daß während oder vor der Zeit des bestehenden Miteigentums eine Hypothek begründet wurde. Daraus ergibt sich bereits, daß die Hypothek eine Totalhypothek ist. Aber das ist erst eine Schlußfolgerung. In Wirklichkeit steht die Eintragung mit der Rechtslage in Widerspruch. Da die Hypothek auf dem Grundstück als solchem eingetragen steht, kann jeder darauf vertrauen, daß sie eine einfache Hypothek ist, auch wenn er über das frühere Miteigentum Bescheid weiß.

25. Ebenso wenig das KG. in Bd. 41 und Planck zu § 1172 A. 6. Hieran zeigt sich, wie wenig die Ansicht von der bloß entsprechenden Anwendung der Regeln der Gesamthypothek tauglich ist.

26. s. insbesondere die Rechtsprechung: RG. 51, S. 400; OLG. 14, S. 114; RJA. 6, S. 62.

schaft nach Bruchteilen übergeht; in § 1163 ist nur die Rede davon, daß sie „dem Eigentümer" zusteht.

Das KG. hat sich in RJA. 6, S. 62 gegen das Vorliegen einer Bruchteilsgemeinschaft ausgesprochen:[27] Geldforderungen teilen sich gemäß § 420 BGB. von selbst unter die mehreren Gläubiger, ohne daß unter diesen eine Gemeinschaft entstehe, bei der reale Teile der ganzen Forderung erst nach der Auseinandersetzung (§ 752) den Teilhabern zufallen. Der allgemeine Grundsatz des § 420 sei auch auf die Eigentümergrundschuld zur Anwendung zu bringen, denn als dingliches Wertrecht an eigener Sache habe sie im wesentlichen den Inhalt, sich den in der Zwangsversteigerung ermittelten Wert des Grundstücks in bestimmter Höhe anzueignen.

Die vom KG. vertretene und als herrschend zu bezeichnende Meinung[28] ist (unter der Voraussetzung, daß die Hypothek keine Totalhypothek ist) zu billigen. Danach erhält jeder Miteigentümer eine Eigentümergrundschuld an dem Grundstück; ihre Höhe bestimmt sich, da die Miteigentümer die Hypothek in ihrer Eigenschaft als Eigentümer erwerben, nicht nach § 420, wonach sie ihnen im Zweifel zu gleichen Teilen zufallen würde, sondern nach der Höhe ihrer Miteigentumsanteile.

Doch wird von der herrschenden Meinung übersehen, daß die Hypothek an einem im Miteigentum stehenden Grundstück keine einheitliche Hypothek ist, sondern als Totalhypothek auf den Bruchteilen ruht, und daß deshalb § 1172 anzuwenden ist. Aus § 1172 ergibt sich, daß die Hypothek in den Fällen der §§ 1163 und 1168 (1175) den Miteigentümern gemeinschaftlich zufällt. Ob diese in Ansehung der Hypothek eine Gemeinschaft zur gesamten Hand, eine Gemeinschaft nach Bruchteilen oder eine solche von besonderer Art bilden, ist eine Streitfrage aus dem Recht der Gesamthypothek, für die hier nichts Besonderes gilt. Jedenfals ist eine Auseinandersetzung unter den Miteigentümern erforderlich, wenn unter Umwandlung der Totalhypothek bezw. Totalgrundschuld in Einzelhypotheken jedem eine eigene Eigentümergrundschuld an seinem Bruchteil zugeteilt werden soll. Unabhängig von einer allgemeinen Auseinandersetzung hat jeder Miteigentümer nach § 1172 Abs. 2 das Recht,

---

27. Zustimmend RG. in Gruch. 56, S. 991.
28. s. Hirschfeld S. 113 f.

aus der Gemeinschaft auszuscheiden und seinen Anteil an der Totalgrundschuld in eine Einzelgrundschuld an seinem Bruchteil zu verwandeln. Er bekommt dann nicht einen seinem Miteigentumsanteil entsprechenden Teil der Grundschuld, sondern einen solchen Teil, der dem Verhältnis des wahren Wertes seines Bruchteils zu dem Werte des ganzen Grundstücks entspricht; falls verschiedene Bruchteilsbelastungen der Totalhypothek vorangehen, werden diese bei der Berechnung des Wertes der einzelnen Anteile berücksichtigt. Das Resultat ist demnach ein von der herrschenden Meinung stark abweichendes.[29]

§ 1172 ist auch auf den Fall des § 1143 auszudehnen, wenn nämlich die Miteigentümer den Gläubiger gemeinsam befriedigen, ohne selbst persönliche Schuldner zu sein, oder wenn dies einer im Namen aller tut. In § 1172 ist das nicht ausdrücklich bestimmt, und in § 1143 Abs. 2 wird für den Fall der Gesamthypothek bloß auf § 1173 verwiesen, der nur Anwendung findet, wenn einer der Eigentümer (bezw. bei der Totalhypothek einer der Miteigentümer) die Hypothekensumme im eigenen Namen bezahlt.[30] In § 1143 Abs. 2 ist aber sinngemäß auch eine Verweisung auf § 1172 zu erblicken; denn § 1172 bildet, obwohl in der Praxis weniger häufig vorkommend, rechtssystematisch den Regelfall und § 1173 nur eine Ausnahme von ihm. Wenigstens muß man zu einer analogen Anwendung des § 1172 kommen;[31] denn andernfalls würde die gemäß § 1143 auf die Miteigentümer übergehende Forderung sich nach § 420 von selbst teilen und demnach notwendig[32] auch die Totalhypothek in einzelne von einander unabhängige Teile[33] zerfallen, die den Miteigentümern entsprechend der Größe ihrer Anteilsrechte (nicht nach dem Verteilungsmaßstabe des § 1172 Abs. 2) zustehen würden (§§ 401, 412, 420, 1153). Es wäre nicht einzusehen, warum die Miteigentümer hier im Gegensatz zu dem Falle des § 1173 so verschieden behandelt werden sollten, je nachdem, ob sie die Forde-

---

29. Vgl. Stillschweig S. 10.

30. Vgl. Goldmann-Lilienthal § 77,2, b (S. 537).

31. Derselben Meinung Brinck S. 73, β und Predari S. 446 (§ 22, 4, a), letzterer jedoch mit unzutreffender Begründung s. Anm. 33.

32. Denn eine Hypothek für Forderungen verschiedener Gläubiger, die (bez. der Forderungen) nicht einmal in Rechtsgemeinschaft stehen, ist unzulässig, s. Wolff § 134 Anm. 2.

33. d. h. in mehrere kleine Totalhypotheken, nicht in Einzelhypotheken an je einem Grundstück, wie Predari a. a. O. irrig annimmt.

rung mit der Hypothek als Nichtschuldner nach § 1143 erwerben oder die Hypothek ihnen als persönlichen Schuldnern nach § 1163 zufällt. — Die entsprechende Anwendung des § 1172 hat zur Folge, daß die Miteigentümer nicht nur die Totalhypothek, sondern auch die Forderung (nicht wie nach § 420 als einzelne, sondern) gemeinschaftlich erwerben.[34]

Für den Fall, daß einer der Miteigentümer den Gläubiger im eigenen Namen befriedigt, gibt es verschiedene Ansichten. Sicher ist, daß § 1173 Anwendung findet, wenn die Hypothek ausdrücklich als Totalhypothek an den Bruchteilen bestellt ist; dies kann nur von denen bestritten werden, die irriger Weise eine Gesamthypothek an Grundstücksbruchteilen überhaupt für unmöglich halten.[35] Dagegen ist die Rechtslage noch nicht genügend geklärt, wenn ein Miteigentümer den Gläubiger einer Hypothek befriedigt, die nach der herrschenden Meinung nicht die Bruchteile, sondern das ganze Grundstück einheitlich belastet. Während in der Rechtsprechung sich auch in diesem Fall die Ansicht von der entsprechenden Anwendbarkeit des § 1173 durchgesetzt zu haben scheint,[36] nimmt die in der Literatur noch vorwiegende Meinung[37] (genau so wie bei dem oben S. 89 besprochenen Fall des § 1172) an, daß jeder Miteigentümer einen der Höhe seines Anteils entsprechenden realen Teil an der Grundstückshypothek erwerbe, (bezw. nehmen manche irrig an, daß die Hypothek den Miteigentümern gemeinschaftlich zufalle, eine Ansicht, die hier nicht mehr behandelt wird). Wie aber sich die Rechtslage gestaltet, wenn der für sich allein zahlende Miteigentümer von den übrigen Teilhabern Ersatz verlangen kann,[38] ist nach dieser überwiegenden Meinung ganz unsicher. Man nehme als Beispiel den Fall, daß zwei Miteigentümer, A. und B., mit gleichen Anteilen,

---

34. Ueber die herrschende Meinung s. Planck § 1143 2 a. δ (Danach bekommt jeder Miteigentümer eine auf ihn entsprechend der Größe seines Anteils übergehende Forderung nebst einer Teilhypothek an dem ganzen Grundstück.)

35. Fuchs § 1132 Nr. 1 A. I.

36. OLG. 18. S. 173, zuletzt Jahrb. f. Entsch. d. freiw.G. Bd. 1 (1924), S 484.

37. s bei Güthe § 22, 13.

38. Das hängt nur von den etwa bestehenden obligatorischen Verpflichtungen ab, nicht von der dinglichen Rechtslage; die Tatsache allein, daß die Miteigentümer von der Totalhypothek betroffen sind, begründet unter ihnen keine Ausgleichspflicht (s. Wolff § 148, VI).

persönliche Schuldner des Gläubigers und untereinander zum Ausgleich verpflichtet sind.

Nach einer Ansicht ist der Fall so zu lösen, daß A. die Hälfte der Hypothek als Grundschuld erwirbt (§ 1163) und außerdem nebst der Regreßforderung gegen B. gemäß § 1164 auch den andern Teil der Hypothek, der dem Anteil des B. entspricht, so daß B. von der Zahlung des A. keinen Vorteil hat.[39] Diese Lösung erscheint unangemessen, wenn B. seinerseits den A. befriedigt. Die Teilhypothek des A. geht in diesem Falle als Grundschuld auf den „Eigentümer" des Grundstücks über, d. h. auf A. und B. zu gleichen Teilen. Zum Schluß, nach Tilgung der Forderung und Ersatzforderung, hat also A. $^3/_4$, B. nur $^1/_4$ der ursprünglichen Gläubigerhypothek als eigene Grundschuld. Dieses Resultat ließe sich vermeiden, wenn man bei der Tilgung der Regreßschuld des B. nur diesen als Eigentümer des Grundstücks ansähe; aber das ist eine bloße Konstruktion und dürfte sich schwerlich aus dem Gesetz ableiten lassen.

Nach einer anderen Ansicht erwirbt A. die Hälfte der Grundstückshypothek als Hypothek für seine Ersatzforderung gegen B., die andere Hälfte aber geht als Grundschuld zu gleichen Teilen auf A. und B. über, und zwar so, daß jeder von ihnen eine selbständige Einzelgrundschuld ($^1/_4$ der ursprünglichen Gläubigerhypothek) erhält.[40] Indessen ist es ungerechtfertigt, daß B. einen Erwerb macht, obwohl nur A. gezahlt hat.[41]

Die hier vertretene Ansicht von der Anwendbarkeit des § 1173 schafft dagegen nicht nur die Möglichkeit eindeutiger Entscheidung, sondern ist auch für die Beteiligten günstig. Aus der Anwendung des § 1173 folgt, daß die auf beiden Bruchteilen lastende Totalhypothek zur Hälfte als Totalhypothek auf A. für seine Ersatzforderung gegen B. übergeht, zur andern Hälfte sich in eine Einzelgrundschuld verwandelt, die nur auf dem Bruchteil des A. ruht. Befriedigt später B. den A., so geht die Totalhypothek des A. auf B. als Einzelgrundschuld an seinem Bruchteil über, während sie auf dem Bruchteil des A. erlischt. An die Stelle der ursprünglichen Gläubigerhypothek auf beiden Bruchteilen treten also schließlich zwei halb so große Eigentümergrund-

39. Hirschfeld S. 117. Vgl. auch RG. in Gruch. 55, S. 674.

40. KvRGR. § 1163, 6.

41. Vgl. über diesen Punkt bei der Beratung des § 1173 Hachenburg, Das BGB. 2. Aufl. S. 621.

schulden für jeden der Miteigentümer an seinem eigenen Bruchteil. Die Mängel der vorher angeführten Ansichten bestehen hier nicht: Befriedigt zunächst A. den Gläubiger, so erlangt B. dadurch keinen Vorteil; trägt später B. an A. seine Schuld ab (§ 426, 2), so steht er zuletzt nicht schlechter da als dieser. —

Auf weitere Einzelfragen, die sich an die Auslegung der §§ 1172—1176, 1181, 1182 knüpfen, ist in dieser Arbeit nicht einzugehen, denn die Totalhypothek weist gegenüber der gewöhnlichen Gesamthypothek keine Eigentümlichkeiten auf. Zum Schluß sei nur noch darauf hingewiesen, daß die Miteigentümer, wenn sie von dem Hypothekar, der in das Grundstück (die Bruchteile) vollstrecken will, verklagt werden, oder wenn sie selbst gegen ihn klagen (z. B. zwecks Bewilligung der Löschung auf Grund Zahlung), nicht notwendige Streitgenossen sind,[42] denn jeder von ihnen verfolgt unabhängig von dem andern sein Recht nur bezüglich seines Bruchteils. Anders liegt es bei der Grunddienstbarkeit, die entweder an allen Bruchteilen oder gar nicht besteht; aus ihrem Wesen folgt, daß sie im Prozeß nur gegenüber allen Miteigentümern zusammen geltend gemacht und nur einheitlich festgestellt werden kann.[43]

42. Ebenso die Kommentare von Stein (12. Aufl. 1925) § 62, II, 3 (N. 24) und Skonietzki-Gelpcke § 62, Nr. 2, a; s. auch Weber S. 33. A. M. RG. 60, S. 270; 61, S. 397; Levy S. 886 ff.; Saenger S. 128 ff.

43. Vgl. Stein § 62 bei N. 35.

Literatur-Verzeichnis.

Adamkiewicz, Arch. f. bürg. Recht Bd. 31, S. 21 (Der Nießbrauch am Bruchteil).

Behn, Die Gemeinschaft nach Bruchteilen nach BGB. Diss. Rostock 1900.

Biermann, Sachenrecht 3. Aufl. (1914).

Brinckz, Die Bezahlung der Hypothekenforderung und der Grundschuld, 1907.

du Chesne, Recht 1923, S. 154 (zu § 928 BGB.).

Cosack, Lehrb. des bürg. Rechts, Bd. II, 2 (6. Aufl. 1913 und 7./8. Aufl. 1924).

Doßmann, Das Recht des Miteigentümers, Diss. Halle 1908.

Dümchen, Jher. Jahrb. Bd. 54, S. 412 ff. (Schuld und Haftung, insbesondere bei den Grundpfandrechten.)

Eccius, Gruch. Bd. 44 S. 527 und besonders Bd. 46 S. 728.

Endemann, Lehrb. des bürg. Rechts, 8./9. Aufl.

Engländer, Die regelmäßige Rechtsgemeinschaft, I, 1914.

Enneccerus, Lehrb. des bürg. Rechts I, 1 und 2, 15.—17. Aufl.

Exner, Kritik des Pfandrechtsbegriffs nach röm. Recht, 1873.

Förster-Eccius, Preuß. Privatrecht II, 7. Aufl. 1896.

Gierke, Deutsches Privatrecht, II.

Goldmann-Lilienthal, Das BGB. II, 1912.

Goldschmidt, Eigentum und Eigentumsteilrechte, 1920.

Grimm, Die jur. Natur des Miteigentums, Diss. Heidelberg 1909.

Güthe-Triebel, Grundbuchordnung, 4. Aufl. 1923 u. 1925 (3. Aufl. wird besonders zitiert.)

Hedemann, Sachenrecht des BGB. (Grundrisse der Rechtswissenschaft, 1924).

Hellwig, Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft.

v. Henle, Recht 1909, S. 385 und 419 ff.

Hirsch, H. Chr., Teilbarkeit des Eigentums nach BGB. Diss. Halle 1900 (wird besonders als Diss. zitiert).

— Uebertragung der Rechtsausübung, 1910.

Hirschfeld, Beiträge zum Pfandrecht am eigenen Grundstück, 1914.

Hochschild, Die Hypothek am Anteil eines Miteigentümers nach BGB., Diss. Freiburg 1905.

Höchstädter, Bay. Z. f. Rpfl. Bd. 10 (1914) S. 92.

ten Hompel, Die jur. Natur des Miteigentums, Diss. Leipzig 1906.

Jaeckel-Güthe, Komm. zum Zwangsversteigerungsgesetz, 5. Aufl. 1915.

Joerges, Zeitschr. f. Handelsrecht, Bd. 51 (Zur Lehre vom Miteigentum und der gesamten Hand nach deutsch. Reichsrecht).

Kattausch, Die Anteile der Miteigentümer und der Gesamthänder an gemeinschaftlichen Sachen, Diss. Gießen 1911.

Kipp-Windscheid, Lehrb. des Pandektenrechts, 9. Aufl.

Kretzschmar, J.W. 1915, S. 771 (über Levy). Sächs. Arch. 1915 S. 385 (über Engländer). Sachenrecht, 1922/23 (Sammlung Göschen).

Leo, Gruch. Bd. 54, S. 257.

Levy, Gruch. Bd. 59 S. 87, S. 301, S. 876. (Hypothek und Bruchteilseigentum am Grundstück im Verhältnis zueinander.)

Lindemann-Soergel, Komm. zum BGB. 2. Aufl. 1923.
Meikel, Recht 1914, S. 346.
Meyer, Arnulf, Bay. Not. Z. 1914 S. 281.
Motive zum Entwurf eines BGB. 1888.
Müller, Albert, Das Wesen der Gesellschaft und Gemeinschaft und die Abgrenzung dieser beiden Rechtsverhältnisse voneinander im röm. Recht und im Recht des BGB., Diss. Leipzig 1905.
Nußbaum, Lehrb. des deutschen Hypothekenwesens, 2. Aufl.
— Die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung, 1916.
Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse 3./4. Aufl. 1910.
Planck, Komm. zum BGB. Sachenrecht 4. Aufl. 1915—1920.
Predari, Grundbuchordnung 2. Aufl. 1913.
Reichsgerichtsrätekommissar (K. v. R. G. R.) Sachenrecht 5. Aufl. 1923.
Romeick, Zur Technik des BGB. III (Rechtsnachfolge), 1904.
Rosenberg, Sachenrecht. 1. Halbband 1919 (Hölderscher Komm.)
Saenger, August, Gemeinschaft und Rechtsteilung, 1913.
Schaefer, Die Vereinigung und Zuschreibung von Grundstücken nach § 890 BGB.; Diss. Marburg 1907.
Schultz, Karl: Gemeinschaft und Miteigentum, 1924.
v. Seeler, Das Miteigentum nach BGB., 1899.
Sohm, Der Gegenstand, 1905.
Sokolowski, Philosophie und Privatrecht, I (Sachbegriff und Körper), 1902.
Staudinger, Komm. zum BGB. Sachenrecht. 1912 und Nachtrag 1922.
Stillschweig, J. W. 1914, S. 7.
v. Tuhr, Der allgemeine Teil des BGB., I, 1910; II, 1 (1914).
v. Wächter, Arch. f. ziv. Praxis Bd. 27 S. 155 (Ueber Teilung und Teilbarkeit der Sachen und Rechte).
Weber, Ernst, Die Gestaltung der Rechtsverhältnisse bei und nach der Verfolgung des hypothekarischen Anspruchs an einem im Miteigentum befindlichen Grundstück; Diss. Freiburg, 1901.
Wolff, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Sachenrecht, 9.—11. Aufl.
Zachariä-Crome, Handbuch des französischen Zivilrechts, 8./9. Aufl. 1894.

Lebenslauf.

Als Sohn des Justizrats Simon Gruenbaum und seiner Ehefrau Felicia geb. Sokolowski wurde ich am 16. März 1903 zu Berlin geboren. Ich besuchte von 1909—1921 ein Gymnasium, die Kaiser-Friedrich-Schule zu Charlottenburg. Nach der Schulentlassung studierte ich sechs Semester Jura an der Berliner Universität. Ich bestand am 31. Oktober 1924 das Referendarexamen, am 12. Juli 1926 das Rigorosum. Zurzeit bin ich als Referendar im Bezirke des Kammergerichts beschäftigt.